GENEHMIGUNGSVORBEHALT UND GENEHMIGUNG IM KOMMUNALEN GRUNDSTÜCKSVERKEHR

(§ 64 GONRW)

Hans-Ulrich Walter

1965

GENEHMIGUNGSVORBEHALT UND GENEHMIGUNG IM KOMMUNALEN GRUNDSTÜCKSVERKEHR (§ 64 GONRW)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von

Hans-Ulrich Walter

aus Paderborn

1966

Dissertations-Druckerei Charlotte Schön, München 23, Belgradstr. 11, Tel. 361402

1. Berichterstatter:	Professor Dr. SCUPIN
2. Berichterstatter:	Professor Dr. Dr. PAGENKOPF
Dekan:	Professor Dr. TIMM

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Juli 1965

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN

MEINER FRAU

INHALTSVERZEICHNIS

		Seite
§ 1	Vorwort	1
1. TEIL	Grundlagen	3
I. Kapitel	Die geschichtliche Entwicklung des Genehmigungsvorbehalts	3
§ 2	Einleitung	3
§ 3	Die Stein'sche Städteordnung vom 19. November 1808	5
§ 4	Die revidierte Städteordnung vom 17. März 1831	6
§ 5	Die weitere Entwicklung bis zum Ende des ersten Weltkrieges	8
	1. Die Gemeindeordnung vom 11. März 1850	8
	2. Die Entwicklung in den Städten	8
	3. Die Entwicklung in den Landgemeinden, Kreisen und Provinzen	9
	a) östliche Landesteile Preußens	9
	b) westliche Landesteile Preußens	10
	c) neu erworbene Landesteile Preußens	10
§ 6	Die Ausgestaltung des Genehmigungsvorbehalts nach dem ersten Weltkrieg	11
	1. Gemeindeverfassungs- und Gemeindefinanzgesetz vom 15. Dezember 1933	12
	2. Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935	13
	3. Die revidierte Deutsche Gemeindeordnung vom 1. April 1946	15
§ 7	Die Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 21. Oktober 1952	15
§ 8	Zusammenfassung	16
II. Kapitel	Das Verhältnis des Genehmigungsvorbehalts zur Rechtsaufsicht	17
§ 9	Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht	17
	1. in den Länderverfassungen	17
	2. in den Gemeindeordnungen	18
	3. Inhalt der Rechtsaufsicht	18

§ 10 Die Kommunalaufsicht als Zweckmäßigkeitsaufsicht 20

1. Der Genehmigungsvorbehalt als Mittel der Kommunalaufsicht 20
a) Stellungnahmen der Rechtslehre 24
b) Stellungnahmen der Rechtsprechung 27
c) Kritik und Lösung 29
2. Zusammenfassung 33
3. Die Verfassungsmäßigkeit des Genehmigungsvorbehalts in seiner heutigen Form 33
a) Stellungnahmen der Rechtslehre 33
b) Stellungnahmen der Rechtsprechung 35
c) Kritik und Lösung 36
d) Zusammenfassung 38

§ 11 Das Problem völliger kommunaler Ermessensfreiheit 40

1. Die Forderung nach Beschränkung der Staatsaufsicht in der Geschichte 40
2. Kommunale Ermessensfreiheit und Selbstverwaltung in der Gegenwart 41
a) Dualismus von Staat und Selbstverwaltung ? 42
b) Ermessensfreiheit in der kommunalen Wirtschaftsführung ? 43

§ 12 Ergebnis 45

2. TEIL Rechtsnatur der Genehmigung 47

§ 13 Einführung 47

III. Kapitel 47

§ 14 Der Begriff des Verwaltungsakts 47

IV. Kapitel Die Theorie des Regierungsakts 49

A. § 15 Methode 49
B. § 16 Die französische Theorie des Regierungsakts 50

1. Die Theorie des mobile politique 50
2. Die Auffassungen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts 50
a) in der Rechtsprechung 51
b) in der Rechtslehre 51

3. Die heute herrschende Lehre 52
4. Die sog. negative Theorie 52

§ 17 Ergebnis 53

V. Kapitel Die deutsche Theorie des Regierungsakts 53

C. § 18 Die Problemstellung 53

1. Überblick über die verschiedenen Begriffe und Einteilung der justizfreien Hoheitsakte 54
2. Justizfreie Hoheitsakte und verwaltungsgerichtliche Generalklausel 55
a) die Stellungnahmen in Rechtslehre und Rechtsprechung 56
b) Kritik 57
3. Ergebnis 59

§ 19 Die funktionelle Notwendigkeit des Regierungsakts 59

1. Rechtszustand vor dem zweiten Weltkrieg 60
2. Die Auffassungen in der Gegenwart
a) ablehnende Stellungnahmen 61
b) zustimmende Stellungnahmen 62
3. Kritik 63
a) Versuch einer Abgrenzung von Regierung und Verwaltung 63
b) die verschiedenen Ermessensbegriffe 65

§ 20 Ergebnis und Begriffsbestimmung 67

VI. Kapitel Einordnung der Genehmigung 67

§ 21 Einführung 67
§ 22 Die Stellungnahmen in Rechtslehre und Rechtsprechung 68

1. Die ältere Rechtslehre 68
a) die Lehre Otto Mayers 68
b) die Gegenmeinung 69
c) die Lehre Triepels 70
2. Die neuere Rechtslehre 70
3. Die Rechtsprechung 71

§ 23 Kritik 72
§ 24 Lösung 74

1. Die Genehmigung als Verwaltungsakt ? 74

a) Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Staat und Gemeinde im Bereich der Selbstverwaltungsangelegenheiten ? 76
b) Das Recht auf Selbstverwaltung 78
2. Die Genehmigung als Regierungsakt ? 80
3. Die Zuordnung der Genehmigung in den Bereich der Staatshoheitsakte sui generis 82
4. Die Genehmigung im Verwaltungsstreitverfahren 82

3. TEIL

VII. Kapitel Widerruf der Genehmigung 85

§ 25 Begriffsbestimmung 85
§ 26 Zulässigkeit des Widerrufs 85
§ 27 Widerruf der rechtmäßigen Genehmigung 87

1. Veränderte Umstände 87
2. Nichterfüllung von Bedingungen 89
3. Widerrufsvorbehalt 89

§ 28 Widerruf der rechtswidrigen Genehmigung 90

1. Irrtum der Aufsichtsbehörde 91
a) der Sachirrtum 91
b) der Rechtsirrtum 92
2. Täuschung und Bestechung 92

VIII. Kapitel 93

§ 29 Fragen der Zuständigkeit 93

IX. Kapitel 94

§ 30 Ausblick 94

LITERATURVERZEICHNIS

Althaus, Ernst — Das Recht der Gemeinden und Gemeindeverbände in den vormals preußischen Ländern, Herford und Köln 1957.

Anschütz, Gerhard — Die Verfassung des Deutschen Reiches, unveränderter Nachdruck der 14. Auflage, Darmstadt 1960.

Reichsaufsicht und Reichsexekution, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. 1 S. 363 ff.

Staatsaufsicht und Selbstverwaltung, in: JW 1916 S. 1147 ff.

van Aubel, Peter — Der Weg zur Gemeindefreiheit, in: Der Städtetag 1949 S. 161 ff.

Bachof, Otto — Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951.

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: JZ 1957 S. 374 ff und JZ 1962 S. 663 ff.

Anmerkung zum Urteil des LVG Rheinland-Pfalz vom 22.4.1952, in: NJW 1953 S. 317 ff.

Backsmann, Horst — Die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: DÖV 1956 S. 269 ff.

Beck, Gerhard — Die Staatsaufsicht über die Gemeinden, jur. Diss., Heidelberg 1950.

Becker, Erich — Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtliche Grundlage der kommunalen Ordnung in Bund und Ländern, in: HKWPr. Bd. 1 S. 113 ff.

Entwicklung der deutschen Gemeinden und Gemeindeverbände im Hinblick auf die Gegenwart, in: HKWPr. Bd. 1 S. 62 ff.

Landesverfassung und Selbstverwaltung, in: DVBl 1949 S. 67 ff.

Berger, Robert — Sind politische Maßnahmen, insbesondere Schutzhaftbefehle, der richterlichen Nachprüfung entzogen ?, in: JW 1934 S. 14 ff.

Berkenhoff, H. A.	Die Kommunalfinanzen im Schatten von Konjunktur und Staatshaushalt, Göttingen 1964.
Berthélemy, H.	Traité élémentaire de droit administratif, 11. Auflage Paris 1926.
Bettermann, Karl August	Verwaltungsgerichtliche Generalklausel, ordentlicher Rechtsweg und nichtiger Verwaltungsakt, in: MDR 1949 S. 394 ff.
Bierig, Otto	Die Ausgestaltung der Staatsaufsicht über die Gemeinden nach den Entwürfen der neuen Städte- und Landgemeindeordnungen in Preußen, jur. Diss., Düsseldorf 1929.
Boehr	Nochmals die Schutzhaft gemäß der Verordnung vom 28. Februar 1933, in: JW 1933 S. 2499 ff.
Bohley	Die Behandlung der Gemeinden im Grundgesetz und in der bayerischen Verfassung, in: Der Bayerische Bürgermeister 1949 S. 266 ff.
Bonner Kommentar	Kommentar zum Grundgesetz, redaktionelle Bearbeitung von Wernicke, Hamburg 1954.
Borggreve, Hermann	Die Staatsaufsicht über die Gemeinden in der Deutschen Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935, jur. Diss., Berlin 1936.
Bornhak, Conrad	Geschichte des Preußischen Verwaltungsrechts, Bd. I, II und III, Berlin 1884-1886.
Bounard	Precis de droit administratif, 4. Auflage Paris 1943.
Brell, Walter	Vom Gemeindeverfassungsrecht, Schriftenreihe der Berliner Verwaltungsschule Heft 4, 2. Auflage Berlin und Frankfurt 1953.
Brémond	Des actes de gouvernement, in: Revue du Droit Public 1896 S. 23 ff.
Buch, Friedrich	Die Hessische Gemeindeordnung und die Hessische Landkreisordnung, Stuttgart 1952.
Bühler, Ottmar	Die Selbstverwaltungskörper, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd. 1 S. 697 ff.
Bullinger, Martin	Die behördliche Genehmigung privater Rechtsgeschäfte und ihre Versagung, in: DÖV 1957 S. 761 ff.

Bürckner, Hermann	Der privatrechtsgestaltende Staatsakt, Heft 47 der Leipziger rechtswissenschaftlichen Studien, Leipzig 1930.
Carré de Malberg	Contribution à la théorie générale de l'Etat, Paris 1920.
Dickmann, Herbert	Die Beseitigung behördlicher Bewilligungen durch Aufhebung oder Widerruf, in: DÖV 1957 S. 278 ff.
Draht, Martin	Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, in: VVDStRL Heft 8 S. 149 ff.
Ducrocq	Cours de droit administratif, 7. Auflage Paris 1897.
Duez	Les actes de gouvernement - Rapport, in: Annuaire de l'Institut International de Droit public Bd. 2 S. 35 ff, Paris 1931.
Ebel-Emrich	Hessische Gemeindeordnung und Landkreisordnung, Frankfurt 1953.
Eisenmann, Charles	Gerichtsfreie Hoheitsakte im heutigen französischen Recht, in: Jahrb. ö. R. N. F. Bd. 2 S. 1 ff.
Elleringmann, Rudolf	Grundlagen der Kommunalverfassung und der Kommunalaufsicht, Heft 18 der Schriftenreihe der Verwaltungs- und Wirtschaftsakademien, Stuttgart 1957.
Eyermann-Fröhler	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 3. Auflage München und Berlin 1962.
	Verwaltungsgerichtsgesetz, Kommentar, 2. Auflage München und Berlin 1954.
Fabre, J.	Des actes de gouvernement, Thèse Montpellier 1908.
Fachinger, Josef	Das staatliche Aufsichtsrecht über Gemeinden und Gemeindeverbände in rechtsvergleichender Darstellung unter Berücksichtigung der preußischen Entwürfe, jur. Diss., Bergisch-Gladbach 1928.
	Gemeinderecht im britischen Kontrollgebiet, Köln 1948.
	Grundsatz, Inhalt und Grenzen der Staatsaufsicht über die Gemeinden, in: DÖV 1949 S. 374 ff.
Fleiner, Fritz	Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, Neudruck der 8. neubearbeiteten Auflage Aalen 1960.

Forsthoff, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band Allgemeiner Teil, 7. Auflage München und Berlin 1958, 8. Auflage München und Berlin 1961.
	Die Krise der Gemeindeverwaltung im heutigen Staat, Berlin 1932.
Friedrichs, Karl	Gemeindeaufsicht, in: Verw. Arch. 1925 S. 74 ff.
Friesenhahn, Ernst	Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, in: Recht-Staat-Wirtschaft Bd. 2 (1950) S. 239 ff.
Fröhler, Ludwig	Die Staatsaufsicht über die Handwerkskammern, München und Berlin 1957.
Geiger, Willi	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12.3.1951, Berlin und Frankfurt 1952.
	Die Bundesverfassungsgerichtsbarkeit in ihrem Verhältnis zur Landesverfassungsgerichtsbarkeit und ihre Einwirkung auf die Verfassungsordnung der Länder, in: Laforet-Festschrift S. 251 ff.
Geller-Kleinrahm-Fleck	Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 2. Auflage Göttingen 1963.
Gfrörer, Wilhelm	Genehmigungsvorbehalt und Artikel 75 Verfassung Baden-Württemberg, in: DÖV 1955 S. 496 ff.
von Gierke, Otto	Das Deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 1, unveränderter Nachdruck der 1. Ausgabe, Darmstadt 1954.
	Genossenschaftstheorie und Deutsche Rechtsprechung, Berlin 1897.
Giese, Friedrich	Allgemeines Verwaltungsrecht, Tübingen 1948.
	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Auflage Frankfurt 1955.
Giesges, Werner	Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Britischen Zone, Hamburg 1950.
Gönnenwein, Otto	Gemeinderecht, Tübingen 1963.
	Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht, in: Gedächtnisschrift für Jellinek S. 511 ff.
	Das Deutsche Gemeindeverfassungsrecht, in: ArchöR Bd. 74 S. 191 ff.

Greten, Horst	Der Hoheitsakt und seine Überprüfbarkeit durch die Rechtspflege nach heutigem deutschen Verfassungsrecht, jur. Diss., Rostock 1940.
Grewe, Wilhelm	Zum Begriff der politischen Parteien, in: Festgabe für Erich Kaufmann S. 65 ff.
von Grumbkow, Waldemar	Die Geschichte der Kommunalaufsicht in Preußen, Berlin 1921.
Grundmann, S.	Die richterliche Nachprüfung von politischen Führungsakten nach geltendem deutschen Verfassungsrecht, in: ZgesStW Bd. 100 S. 511 ff.
Gygi, Fritz	Verwaltungsrecht und Privatrecht, Heft 317 der Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Bern 1956.
Hamann, Andreas	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 2. Auflage Berlin-Neuwied-Darmstadt 1961.
Hatscheck, Julius	Deutsches und Preußisches Staatsrecht, Bd. 1, 2. Auflage Leipzig 1930.
Hatscheck-Kurtzig	Julius Hatscheck, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 7/8. Auflage, herausgegeben von Paul Kurtzig, Leipzig 1931.
Haueisen	Zur Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, in: NJW 1954 S. 1425 ff.
	Der Widerruf fehlerhafter Verwaltungsakte, in: NJW 1955 S. 1457 ff.
	Anmerkung zum Urteil des BGH (BGHZ in: DVBl 1957 S. 249) vom 24.10.1956, in: NJW 1957 S. 385 f.
Hauriou, Maurice	Précis de droit administratif et de droit public, 11. Auflage Paris 1927.
Heckt, Wilhelm	Zur Gemeindefinanzreform, in: DÖV 1962 S. 207 ff.
Heffter, Heinrich	Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert, Stuttgart 1950.
Heinemann, Hilmar	Grenzen des bayerischen Kommunalaufsichtsrechts, jur. Diss., Heidelberg 1931.
Helmreich-Widtmann	Bayerische Gemeindeordnung, Kommentar, 2. Auflage München 1959.

Hellner, Alfred	Die Gestaltung der Aufsicht des Staates über die Gemeinden durch die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935, Leipzig 1938.
Henrichs, Wilhelm	Die Rechtsprechung zur Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland, in: DVBl 1954 S. 728 ff.
Herrnritt, Rudolf-Hermann	Grundlehren des Verwaltungsrechts, Tübingen 1921.
Hettlage, Karl Maria	Die Gemeinden in der Finanzverfassung, in: Arch. f. KommW. Bd. 3 (1964) S. 1 ff.
	Der Gestalt- und Bedeutungswandel der gemeindlichen Selbstverwaltung seit 1919, in: Ordnung als Ziel, Beiträge zur Zeitgeschichte, S. 107 ff, Festgabe für P. van Aubel, herausgegeben von Robert Tillmanns, Stuttgart und Köln 1954.
Hoche, Ulrich	Die Schutzhaft nach der Verordnung vom 28. Februar 1933, in: DJZ 1933 S. 1490.
Höhn, Reinhard	Das subjektive öffentliche Recht und der neue Staat, in: DRWiss. 1936 S. 49 ff.
Hofmann, Walter	Genehmigungsvorbehalt und Kommunalaufsicht, in: Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht, Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd. 19 S. 81 ff, Berlin 1963.
Horn, Karl-Friedrich	Die preußische Städteordnung verglichen mit dem Entwurfe zu einem neuen Kommunalgesetz für Frankreich, Königsberg 1829.
	Sendschreiben an den Herrn Bürgermeister Perschke in Landshut, Königsberg 1829.
Huber, Ernst Rudolf	Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts, Berlin 1935.
	Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflage, I. Band Tübingen 1953; II. Band Tübingen 1954.
von Humboldt, Wilhelm	Denkschrift über die Städteordnung, in: Wilhelm von Humboldts gesammelte Schriften, 12. Band 2. Hälfte, herausgegeben von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften.

van Husen, Paul — Gibt es in der Verwaltungsgerichtsbarkeit justizfreie Hoheitsakte ? in: DVBl 1953 S. 70 ff.

Ipsen, Hans-Peter — Politik und Justiz. Das Problem der justizlosen Hoheitsakte. Hamburg 1937.

Gemeindliche Personalhoheit unter Selbstverwaltungsgarantie, in: DÖV 1955 S. 225 ff.

Entscheidungssammlungen des Thüring. OVG und des Bayer. VGH, in: ArchöR Bd. 74 S. 499 ff.

Grundgesetz und richterliche Prüfungszuständigkeit, in: DVBl 1949 S. 486 ff.

Deutsche Gerichtsbarkeit unter Besatzungshoheit, in: Festschrift für Laun S. 68 ff.

Jellinek, Georg — Gesetz und Verordnung, Freiburg 1887.

Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage 5. Neudruck, Berlin 1929.

Jellinek, Walter — Verwaltungsrecht, 3. Auflage Berlin 1931; unveränderter Neudruck Offenburg 1948 nebst Nachtrag 1950.

Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, Tübingen 1908.

Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung, aus: Festrede für das Preußische OVG 1925.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone, in: DRZ 1948 S. 269 ff.

Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, in: VVDStRL Heft 8 S. 149 ff.

Jèze — Das Verwaltungsrecht der französischen Republik, Tübingen 1913.

Der Rückgang der Theorie der "actes de gouvernement", in: Jahrb. ö. R. Bd. VI (1912) S. 397 ff.

Kaufmann, Erich — Verwaltung-Verwaltungsrecht, in: WBStVR. Bd. III S. 688 ff.

Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL Heft 9 S. 1 ff.

Kerrl-Weidemann	Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935, Kommentar, 2. Auflage Berlin 1937.
Kipp, H.	Mensch, Recht, Staat, 2. Auflage Köln 1949.
Klein, Friedrich	Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, in: VVDStRL Heft 8 S. 67 ff.
Klinger, Hans	Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Auflage Göttingen 1964.
Knauth, Günter	Die heutige Lage der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: DJZ 1934 S. 1119 ff.
Koehler, Alexander	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960, Berlin und Frankfurt 1960.
Koellreutter, Otto	Grundriß der allgemeinen Staatslehre, Tübingen 1933.
	Deutsches Staatsrecht, Stuttgart und Köln 1953.
von Köhler, Ludwig	Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart und Berlin 1936.
Kollmann, Ottmar	Nochmals: Zur verfassungsrechtlichen Sicherung der Selbstverwaltung, in: DÖV 1951 S. 145 ff.
Kormann, Karl	System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910.
Kottenberg, Kurt	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 7. Auflage Siegburg 1963.
Köttgen, Arnold	Die Krise der kommunalen Selbstverwaltung, Tübingen 1931.
	Deutsche Verwaltung, Berlin 1937.
	Wesen und Rechtsform der Gemeinden und Gemeindeverbände, in: HKWPr. Bd. 1 S. 185 ff.
	Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber, Schriftenreihe des Vereins zur Pflege kommunalwissenschaftlicher Aufgaben, Bd. 1 Stuttgart 1957.
Kroeber, Wilhelm	Das Problem des privatrechtsgestaltenden Staatsakts, Heft 27 der Tübinger Abhandlungen zum öffentlichen Recht, Stuttgart 1931.
Krüger, Herbert	Der Regierungsakt vor den Gerichten, in: DÖV 1950 S. 536 ff.

Kunze-Schmid	Die Gemeindeordnung für Baden-Württemberg vom 25. Juli 1955, Stuttgart und Köln 1956.
Kuss, Helmut	Müssen Gemeindesteuern örtlich "radizierbar" sein ?, in: Arch. f. KommW. Bd. 4 S. 47 ff.
	Zur Gemeindefinanzreform, in: DÖV 1963 S. 534 ff.
Laband, Paul	Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 5. Auflage Tübingen 1911.
Laforet, Wilhelm	Deutsches Verwaltungsrecht, München 1937.
	Zur Frage der Staatsaufsicht nach neuem bayerischen Gemeinderecht, in: Festschrift f. BayrVGH S. 151 ff.
Laforet-v. Jahn-Schattenfroh	Kommentar zur bayerischen Gemeindeordnung vom 17.10.1927, München-Berlin-Leipzig 1931.
Lalou, Henri	Traité pratique de responsabilité civile, 4. Auflage Paris 1949.
Lange, Otto	Ist die behördliche Genehmigung zu einem zweiseitigen Zivilrechtsgeschäft widerruflich ?, in: NJW 1949 S. 731 ff.
	Anmerkung zum Urteil des BGHZ vom 24.10.1956 (DVBl 1957 S. 249), in: DVBl 1957 S. 251.
Lauer, Klaus	Die Bedeutung der nationalsozialistischen Revolution für das Verwaltungsrecht, in: RverwBl 1934 S. 705 ff.
von Laun, Rudolf	Das freie Ermessen und seine Grenzen, Leipzig und Wien 1910.
	Les actes de gouvernement. Rapport. In: Annuaire de l'Institut International de Droit public, S. 85 ff, Paris 1931.
	Zum Problem des freien Ermessens, in: Festschrift für Zitelmann (1913), S. 1 ff.
Lecourtois, Maurice	Des actes de gouvernement. Thèse Poitiers 1899.
Lehmann, Max	Freiherr vom Stein, 3 Bände, Leipzig 1902-1905.
Loening, Hellmuth	Regierungsakt und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: DVBl 1951 S. 233 ff.
Loschelder, Wilhelm	Werdendes Gemeinderecht, in: Recht-Staat-Wirtschaft Bd. II (1950) S. 413 ff.

Lüdtke	Die Schutzhaft gemäß der Verordnung vom 28. Februar 1933, in: JW 1933 S. 2241 ff.
Lympius-Küchenhoff	Gemeindeverfassungsgesetz und Gemeindefinanzgesetz vom 15. Dezember 1933, Berlin und Leipzig 1934.
Maier, Kurt	Die Staatliche Aufsicht über die Kommunalverbände, jur. Diss., Leipzig 1905.
von Mangoldt, Hermann	Das Aufsichtsrecht des Staates über die Kommunalverbände, jur. Diss., Aurich 1913.
v. Mangoldt-Klein	Das Bonner Grundgesetz, erläutert von Hermann v. Mangoldt, 2. Auflage neu bearbeitet von Friedrich Klein, Berlin und Frankfurt 1957.
Masson, Christoph	Gemeindeaufsicht, München 1952.
Maull, Heinz	Die Staatsaufsicht über die Gemeinden und Gemeindeverbände in Preußen, Berlin 1932.
Maunz, Theodor	Deutsches Staatsrecht, 11. Auflage München und Berlin 1962.
Maunz-Dürig	Grundgesetz. Kommentar. 2 Bände, München und Berlin 1964.
von Maurer, Georg Ludwig	Geschichte der Städteverfassung in Deutschland, 3 Bände, Erlangen 1869-1870.
Mayer, Otto	Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bände, 3. Auflage München und Leipzig 1924.
von Meier, Ernst	Die Reform der Verwaltungsorganisation unter Stein und Hardenberg, Leipzig 1881.
Menzel, Walter	Über die Selbstverwaltung und ihre Organisation, in: DVBl 1950 S. 659 ff.
Merk, Wilhelm	Tragweite der Generalklausel in Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, in: VVDStRL Heft 8 S. 149 ff.
	Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Band, Berlin und München 1962.
Michoud	Des actes de gouvernement, in: Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble Bd. I Nr. 2 S. 263 ff, Paris-Grenoble 1889.

Middelhaufe, Siegfried	Justizfreie Regierungsakte, in: Der öffentliche Dienst 1952 S. 185 ff.
Miltner, Karl	Der Genehmigungsvorbehalt nach dem geltenden Recht der Kommunalaufsicht, jur. Diss., Heidelberg 1957.
Mohrs, Werner	Der gerichtsfreie Hoheitsakt im Rechtsstaat, jur. Diss., Mainz 1953.
Müller, Klaus	Zur Problematik der Genehmigungsvorbehalte im Kommunalrecht, in: Verw. Arch. Bd. 54 (1963) S. 170 ff.
Muntzke-Schlempp	Die Hessische Gemeindeordnung, Bad Homburg 1954.
Müthling, Hans	Zur verfassungsrechtlichen Sicherung der Selbstverwaltung, in: DÖV 1951 S. 33 ff.
Nawiasky, Hans	Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart und Köln 1950.
Nebinger, Robert	Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage Stuttgart 1949.
Neubert, Reinhard	Die Schranken richterlichen Prüfungsrechts bei staatspolitischen Handlungen der Verwaltung, in: JW 1933 S. 2426 ff.
Obermayer, Klaus	Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, Stuttgart-München-Hannover 1956.
	Der gerichtsfreie Hoheitsakt und die verwaltungsgerichtliche Generalklausel, in: Bayr. Verw. Bl. 1950 S. 173 ff.
Odenbreit, Walter	Die Gemeindeordnung in der in Nordrhein-Westfalen geltenden Fassung nebst Gemeindewahlgesetz und Amtsordnung, 8. Auflage Münster 1949.
Odenbreit-Hensel	Gemeindeordnung, Amtsordnung und Kommunalwahlgesetz in Nordrhein-Westfalen, 12. Auflage Münster 1964.
Pagenkopf, Hans	Einführung in die Kommunalwissenschaft, 2. Auflage Münster 1961.
	Besprechung von: Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht, Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd. 19, in: JZ 1965 S. 511 f.

Pertz, G.H.	Das Leben des Ministers Freiherrn vom Stein, 7 Bände, Berlin 1849-1855.
Peters, Hans	Lehrbuch der Verwaltung, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949.
	Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen, Berlin 1926.
Preuß, Hugo	Das städtische Amtsrecht in Preußen, Berlin 1902.
	Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souveränität, in: Festgabe für Laband, S. 197 ff.
	Staatsaufsicht, in: HWBKWiss. Bd. III S. 808 ff.
Pünder, Hermann	Die deutschen Gemeinden gestern, heute und morgen, Köln 1948.
Raabe, Cuno	Die Gemeinden in der Verfassung der Länder und Gesamtdeutschlands, in: Schriften des Deutschen Städtetages, Heft 2 Gemeinde und Staat S. 11 ff, Braunschweig 1948.
von Raumer, Friedrich	Über die preußische Städteordnung nebst einem Vorworte über bürgerliche Freiheit nach französischen und deutschen Begriffen, Leipzig 1828.
Redeker-von Oertzen	Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Auflage Stuttgart 1965.
Rehbein-Reincke	Allgemeines Landrecht, Bd. 3, 3. Auflage Berlin 1885.
Reuß	Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im neuen Reich, in: JW 1935 S. 2025 ff.
Rolland, Louis	Précis de Droit Administratif, Paris 1947.
von Rönne-Simon	Die preußischen Städteordnungen vom 19. November 1808 und 17. März 1831 mit ihren Ergänzungen und Erläuterungen, in: von Rönne-Simon, Verfassung und Verwaltung des preußischen Staates, Teil IV Bd. I Abt. 1, Breslau 1843.
Rosin, Heinrich	Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, Freiburg 1887.

Rumpf, Helmut	Regierungsakte im Rechtsstaat. Rechtsvergleichende Beiträge zu einer Untersuchung des Verhältnisses von Politik und Recht. Bonn 1955.
Salzmann-Schunck	Selbstverwaltungsgesetz für Rheinland-Pfalz vom 27.9.1948, 2. Auflage Siegburg 1955.
Salzwedel, Jürgen	Staatliche Genehmigungsvorbehalte gegenüber der Selbstverwaltung, in: Arch. f. KommW. Bd. 1 (1962) S. 203 ff.
van de Sandt, Theodor	Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, Münster 1949.
Sczostak, Günter	Zur Problematik der gerichtsfreien Hoheitsakte, in: JR 1958 S. 445 ff.
Seeberger, Werner	Genehmigungsvorbehalte im Kommunalrecht, in: Der Städtetag 1961 S. 535 ff.
Seiler, Gerhard	Kommunale Finanzen und Kommunalaufsicht, in: Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht, Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd. 19 S. 99 ff, Berlin 1963.
Sieveking, Friedrich	Die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf Grund der Verordnung Nr. 141 und 165 der Britischen Militärregierung, in: MDR 1948 S. 315 ff.
Smend, Rudolf	Die politische Gewalt im Verfassungsstaat, in: Rudolf Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, S. 68 ff, Berlin 1955.
	Les actes de gouvernement en Allemagne, in: Annuaire de l'Institut International de Droit public, 1931 S. 192 ff.
Sommer, Günter	Der Widerruf von Verwaltungsakten, in: DÖV 1954 S. 655 ff, 685 ff, 716 ff, 744 ff.
Spreng-Birn-Feuchte	Die Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Stuttgart und Köln 1954.
Surén, Friedrich-Karl	Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik, Bd. II: Gemeindewirtschaftsrecht, Berlin-München-Bonn 1960.
Surén-Loschelder	Die Deutsche Gemeindeordnung, Berlin 1940.

Süsterhenn-Schäfer	Kommentar der Verfassung für Rheinland-Pfalz, Koblenz 1951.
Schack, Friedrich	Die richterliche Kontrolle im neuen Staat, in: RverwBl 1934 S. 592 ff.
Schelcher, Herbert	Auf dem Weg zur Einheit des Verwaltungsrechts, in: RverwBl 1935 S. 205 ff.
Schesmer	Die Entwicklung des öffentlichen Rechts im Lande Rheinland-Pfalz, in: DVBl 1949 S. 97 ff.
Scheuner, Ulrich	Gemeindeverfassung und kommunale Aufgaben in der Gegenwart, in: Arch. f. KommW. Bd. 1 (1962) S. 149 ff.
	Grundfragen des modernen Staates, in: Recht-Staat-Wirtschaft Bd. III (1951) S. 126 ff.
	Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in: Recht-Staat-Wirtschaft Bd. IV (1953) S. 88 ff.
	Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, in: VVDStRL Heft 11 S. 1 ff.
	Der Bereich der Regierung, in: Festschrift für Smend, S. 253 ff.
	Probleme und Verantwortung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik, in: DVBl 1952 S. 295 ff.
	Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte, in: Verw. Arch. Bd. 33 S. 68 ff.
	Die Gerichte und die Prüfung politischer Staatshandlungen, in: RVerwBl 1936 S. 437 ff.
Schlegel, Helmut	Regierungsakte und Verwaltungsgerichtsbarkeit, jur. Diss., Kiel 1953.
Schlochauer, Hans-Jürgen	Fragen zur Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: ArchöR Bd. 79 S. 185 ff.
Schmidt, Georg	Reichsverwaltungsgerichtsbarkeit, in: RVerwBl 1935 S. 405 ff.
Schmidt-Brücken, Georg	Einige grundsätzliche Gedanken über Selbstverwaltung, in: DÖV 1951 S. 567 ff.

Schmitt, Carl	Staat, Bewegung, Volk, Hamburg 1933.
	Verfassungslehre, München und Leipzig 1928.
Schmoller, Gustav	Deutsches Städtewesen in älterer Zeit, Heft 5 der Bonner staatswissenschaftlichen Untersuchungen, Bonn und Leipzig 1922.
	Das Städtewesen unter Friedrich Wilhelm I, in: Z.f.pr.G.LK. 8. Jahrgang (1871) S. 521 ff, 10. Jahrgang (1873) S. 275 ff, 537 ff.
Schneider, Hans	Gerichtsfreie Hoheitsakte. Ein rechtsvergleichender Bericht über die Grenzen richterlicher Nachprüfbarkeit von Hoheitsakten. Tübingen 1951.
Schoen, Paul	Das Recht der Kommunalverbände in Preußen, Leipzig 1897.
	Der Widerruf der Verfügungen nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts, in: Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, S. 118 ff, Berlin 1925.
Schoen, Xaver	Die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: DÖV 1955 S. 137 ff.
Schoenborn, Walther	Das Oberaufsichtsrecht des Staates im modernen Staatsrecht, jur. Diss., Heidelberg 1906.
Scholl, Ernst	Gesetz und Zweckmäßigkeit in der Staatsaufsicht über die Gemeinden und Gemeindeverbände, jur. Diss., Göttingen 1952-1953.
Scholz, Franz	Die Rechtssicherheit, Berlin 1955.
Scholz, Ruth	Das Staatsaufsichtsrecht der Deutschen Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935 unter besonderer Berücksichtigung des bisherigen preußischen Rechts, jur. Diss., Berlin 1936.
Schöne, Hans-Joachim	Das Staatsaufsichtsrecht über die Gemeinden bzw. Selbstverwaltungskörper, jur. Diss., Leipzig 1927.
Schulze, Werner	Grundfragen des LAG-Rechts, in: DÖV 1957, S. 385 ff.
Schumann	Anmerkungen zur finanzpolitischen Lage der Gemeinden, in: Kommunalpolitische Blätter 1962 S. 445 ff.

Schunck, Egon	Anmerkung zum Urteil des VG Kassel vom 11.3.1952, in: DÖV 1954 S. 93.
Schunck-De Clerck	Verwaltungsgerichtsordnung mit ergänzenden Bundesgesetzen und den Ausführungsgesetzen der Länder, Siegburg 1961.
Schwerin von Krosigk, Anton	Nochmals: Die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: DÖV 1956 S. 690 ff.
von Stein, Lorenz	Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts, 1. Teil: Der Begriff der Verwaltung und das System der positiven Staatswissenschaften, 3. Auflage Stuttgart 1888.
Stier-Somlo	Selbstverwaltung und Staatsaufsicht, in: HWBRWiss Bd. V S. 434 ff.
Stratmann, Alfred	Die Staatsaufsicht über die Gemeinden nach der Deutschen Gemeindeordnung, Berlin 1937.
Strauß, Siegfried	Die Kommunalaufsicht über die Gemeinden unter besonderer Berücksichtigung der neuen Aufsichtsmittel, jur. Diss., Heidelberg 1959.
Streckfuß, Karl	Über die preußische Städteordnung, Berlin 1828.
Streit, Wolfgang	Die Staatsaufsicht im eigenen Wirkungskreis der Gemeinden, jur. Diss., Leipzig 1932.
Tatarin-Tarnheyden, Edgar	Werdendes Staatsrecht, Berlin 1934.
Teissier	Responsabilité de la puissance publique, in: Répertoire du droit administratif, Bd. 23, 2. Auflage Paris 1906.
Thoma, Richard	Zur Denkschrift des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren über die Demokratisierung der Verwaltung, in: Der Bayr. Bürgermeister 1949 S. 93 ff.
Thomann, Roland	Die Staatsaufsicht über die Gemeinden, Heft 1 der Kommunalwissenschaftlichen Studien und Forschungen, Würzburg-Aumühle 1939.
Tirard	De la responsabilité de la puissance publique, Paris 1906.
Triepel, Heinrich	Die Reichsaufsicht, Berlin 1917.

Triepel, Heinrich — Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern. Beiträge zur Auslegung des Artikels 19 der Weimarer Reichsverfassung, in: Festgabe für Kahl, Nr. 2 S. 1 ff.

von Tuhr, Andreas — Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 1. Hälfte, München und Leipzig 1914.

von Turegg, Kurt Egon — Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Auflage neu bearbeitet von Kraus, Berlin 1962.

Gründe der kommunalen Staatsaufsicht, in: DÖV 1951 S. 576 ff.

Ule, Carl-Hermann — Verwaltungsprozeßrecht. Ein Studienbuch. 3. Auflage München und Berlin 1963.

Verwaltungsgerichtsbarkeit, Köln-Berlin 1960.

Die Lehre vom Verwaltungsakt im Lichte der Generalklausel, in: Recht-Staat-Wirtschaft Bd. III (1951) S. 260 ff.

Rechtsauskunft, in: DV 1948 S. 143 ff.

von Ulmenstein, Christian Ulrich — Die preußische Städteordnung und die französische Kommunalordnung, mit Rücksicht auf die Schriften des Herrn Prof. v. Raumer und des Herrn Geh. Oberregierungsrathes Streckfuß, Berlin 1829.

von Unruh, Georg Christoph — Der Kreis. Ursprung und Ordnung einer kommunalen Körperschaft. Köln und Berlin 1965.

Virally, Maurice — L'introvable acte des gouvernement, in: Revue du Droit Public 1952 S. 317 ff.

Vogels, Alois — Die Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen, Stuttgart und Köln 1951.

Neugliederung des Bundesgebietes und Verwaltungsreform, in: DÖV 1951 S. 518 ff.

Waline, Marcel — Traité élémentaire de droit administratif, 5. Auflage Paris 1950.

Weber, Werner — Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, in: Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht, Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd. 19 S. 17 ff, Berlin 1963.

Weber, Werner	Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, Heft 9 der Göttinger Rechtswissenschaftlichen Studien, Göttingen 1953.
	Verwaltungsgesetze der ehemals preußischen Gebiete mit dem ergänzenden Recht der neuen Länder, München und Berlin 1951.
	Gegenwartsprobleme der Verwaltungsordnung, in: DÖV 1951 S. 509 ff.
	Wandlungen der kommunalen Selbstverwaltung, in: DÖV 1948 S. 19 ff.
Wehnert, Gottlieb	Über die Reform der preußischen Städteordnung, Potsdam 1828.
Woerner, Otto	Kommentar zur bayerischen Gemeindeordnung vom 17.10.1927, München 1929.
Wolff, Hans Julius	Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch. 6. Auflage München und Berlin 1965.
	Verwaltungsrecht II. Ein Studienbuch. München und Berlin 1962.
	Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, in: ArchöR Bd. 76 S. 205 ff.
	Die Gemeinde im Grundgesetz, in: Der Städtetag 1949 S. 164 ff.
Zuhorn, Karl	Gemeinde-Verfassung. Bd. I der Schriftenreihe: Das Gemeinderecht in Nordrhein-Westfalen. Siegburg 1954.
	Probleme der Kommunalaufsicht gesehen von der Selbstverwaltung, in: Recht-Staat-Wirtschaft Bd. 4 (1953) S. 247 ff.
Zuhorn-Hoppe	Gemeindeverfassung, 2. Auflage Siegburg 1962.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Arch. f. KommW.	Archiv für Kommunalwissenschaften.
bad-württStA.	Staatsanzeiger für Baden-Württemberg.
Bad-WürttVerw. Bl.	Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt (Landesbeilage zur DÖV seit 1956).
Bayr. Verw. Bl.	Bayerische Verwaltungsblätter.
Die Verwaltung	Schriftenfolge, herausgegeben von F. Giese, 4. Auflage 1957.
DRWiss.	Deutsche Rechtswissenschaft.
Festgabe f. Kahl	Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl, Tübingen 1923.
Festgabe f. Kaufmann	Um Recht und Gerechtigkeit. Festgabe für Erich Kaufmann zu seinem 70. Geburtstage, Stuttgart und Köln 1950.
Festgabe f. Laband	Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband zum 50. Jahrestage der Dr. -Promotion, Bd. 1 und 2, Tübingen 1908.
Festgabe f. Zitelmann	Bonner Festgabe für Ernst Zitelmann zum 50jährigen Doktorjubiläum, München und Leipzig 1923.
Festschrift f. BayrVGH	Festschrift zur Feier des 50jährigen Bestehens des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, München-Berlin-Leipzig 1929.
Festschrift f. Laforet	Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit. Festschrift für Geheimrat Prof. Dr. Wilhelm Laforet, München 1952.
Festschrift f. Laun	Festschrift zu Ehren von Rudolf Laun anläßlich der Vollendung seines 65. Lebensjahres, Hamburg 1948.
Festschrift f. Smend	Rechtsprobleme in Staat und Kirche. Festschrift für Rudolf Smend, Göttingen 1952.
GABl.	Gesetz- und Amtsblatt.
Gedächtnisschrift f. Jellinek	Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955.
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt.

HdBDStR.	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, herausgegeben von Anschütz und Thoma, I. Band Tübingen 1930, II. Band Tübingen 1932.
HKWPr.	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis herausgegeben von Hans Peters, Band I Berlin-Göttingen-Heidelberg 1956.
HWBKWiss.	Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften, herausgegeben von Brix-Lindemann-Most-Preuß, III. Band Jena 1924.
HWBRWiss.	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Elster, 6 Bände, Berlin-Leipzig 1926-1929.
Jahrb. ö. R.	Jahrbuch des öffentlichen Rechts (1907-1938; Neue Folge seit 1951).
LKT-Eildienst	Eildienst der Zeitschrift "Der Landkreistag".
Recht-Staat-Wirtschaft	Recht-Staat-Wirtschaft. Schriftenreihe für Staatswissenschaftliche Fortbildung, herausgegeben von Wandersleb, I. Bd. Stuttgart und Köln 1949, II. Bd. ebenda 1950, III. Bd. Düsseldorf 1951, IV. Bd. ebenda 1953.
Verw. Arch.	Verwaltungsarchiv (1893-1942 und seit 1957).
Verw. Rspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, herausgegeben von G. Ziegler.
VerwG, VG	Verwaltungsgericht.
VGH	Verwaltungsgerichtshof.
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer.
WBStVR.	Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, begründet von Stengel, 2. Auflage, herausgegeben von Fleischmann, 3 Bände Tübingen 1911-1914.
ZgesStW.	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft.
ZfprGLK.	Zeitschrift für preußische Geschichte und Landeskunde.
Z. f. ausl. ö. u. VR.	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

§ 1
Vorwort

Die vorliegende kommunalrechtliche Untersuchung hat sich zur Aufgabe gesetzt, Entwicklung und Ausgestaltung des Genehmigungsvorbehalts und der Genehmigung im kommunalen Grundstücksrecht (§ 64 GONRW) aufzuzeigen.

In der Gegenwart nimmt die Wirtschaftsführung in der Aufgabenerfüllung der Gemeinden eine wichtige Rolle von noch stetig wachsender Bedeutung ein [1]. Als Folge des 2. Weltkrieges ergaben sich für viele Gemeinden Aufgaben, die geschichtlich ohne Beispiel sind. Durch die großen Kriegsschäden wurden sie gezwungen, ihre ganze Kraft dem Wiederaufbau und teilweise sogar der völligen Neugliederung ihres Gebiets zuzuwenden. Die Eingliederung der Vertriebenen und Flüchtlinge aus den deutschen Ostgebieten und der sowjetisch besetzten Zone brachte darüberhinaus eine spürbare Wandlung der gemeindlichen Wirtschaftsstruktur mit sich, der durch Schaffung von Arbeitsplätzen im Wege der Industrieansiedlung Rechnung getragen werden mußte. Diese Aufgaben konnten und können im wesentlichen nur unter der Voraussetzung einer dynamischen Grundstückspolitik bewältigt werden.
Seit jeher steht das Immobiliarrecht der Gemeinden allerdings unter staatlichem Genehmigungsvorbehalt [2], der eine wirksame Form der Zweckmäßigkeitsaufsicht gestattet. Die Gemeinden sind deshalb weitgehend abhängig von dem Spielraum, den der Staat ihnen einzuraumen gewillt ist. Demgegenüber sind die Gemeinden und Gemeindeverbände in neuerer Zeit nicht mehr bereit, diese Form der besonderen Staatsaufsicht hinzunehmen [3]. Der Ruf nach völliger kommunaler Ermessensfreiheit ist eine Folge dieser Haltung. Die sich hieraus ergebenden Beziehungen und Spannungen darzustellen, ist rechtlich von besonderem Interesse. Darüberhinaus führt die Untersuchung der Rechtsnatur der Genehmigung zu Problemen des allgemeinen Verwaltungsrechts der gegenwärtigen Rechtsordnung, zu deren Verständnis sie beitragen will, um damit ihrer Entwicklung zu dienen.

Die Betrachtung will unter anderem den Nachweis führen, daß die Genehmigung mit dem herkömmlichen Begriff des Verwaltungsakts rechtlich nicht mehr erfaßt werden kann. Insoweit werden Grenzprobleme des Verhältnisses von Regierung und Verwaltung behandelt. Da die deutsche Theorie des Regierungsakts noch in den Anfängen steckt, ließ es sich nicht vermeiden, sie zur Gewinnung eines klaren Begriffs über den Rahmen des üblichen hinaus ausführlich zu behandeln.

---

1) Zuhorn, Gemeindeverfassung, S. 61.
2) v. Grumbkow, Die Geschichte der Kommunalaufsicht in Preußen, S. 26.
3) Vgl. Kuss, in DÖV 1963 S. 534; Schumann, in Kommunalpolitische Blätter 1962 S. 445.

Die geschichtliche Entwicklung des Genehmigungsvorbehalts wurde in der Darstellung auf das Gebiet Preußens beschränkt, da dieses Kapitel sonst einen nicht vertretbaren Umfang angenommen hätte. Die vorgenommene Beschränkung berührt indessen den Gesamtüberblick nicht, da die übrigen Länder sich nach dem Jahre 1808 zumindest auf kommunalrechtlichem Gebiet weitgehend dem Gesetzgebungswerk Preußens angeschlossen hatten.

1. TEIL

GRUNDLAGEN

I. KAPITEL

DIE GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG DES GENEHMIGUNGSVORBEHALTS

§ 2
Einleitung

Die Geschichte des Genehmigungsvorbehalts ist ein Teil der Geschichte der Kommunalaufsicht. Mit der Wiederherstellung der Selbständigkeit der Gemeinden durch die Stein - Hardenberg'schen Reformen zu Beginn des 19. Jahrhunderts hat das staatspolitische Problem der Eingliederung der Gemeinden in das Staatsganze seine große Bedeutung erlangt. Dieses Problem hat nicht zuletzt in der Ausgestaltung der Staatsaufsicht [4] seinen sichtbaren Ausdruck gefunden. Staatsaufsicht und Selbstverwaltung wurden zu "korrespondierenden Begriffen" [5].

Die Geschichte der Kommunalaufsicht und damit auch die des Genehmigungsvorbehalts beginnt mit der Stein'schen Städteordnung vom 19. November 1808 [6]. Dem 19. Jahrhundert, das den technischen Begriff der Staatsaufsicht und seiner Mittel geprägt hat, bedeutete diese eine Summe von mehr oder weniger genau begrenzten staatlichen Eingriffsrechten in die gemeindliche Selbstverwaltung. Einen solch festumrissenen Begriff kannten die Gemeindegesetze, wie sie vor der Stein'schen Städteordnung in den Ländern bestanden hatten, nicht. Sie gaben den Gemeinden keinen Raum, ein eigenes kommunales Leben zu entfalten. Noch waren die Gemeinden streng in die Organisation des Staates eingegliedert. Erst die Gemeindegesetze, welche nach der Städteordnung erlassen wurden, brachten in den außerpreußischen Staaten den entscheidenden Umschwung von der Staatsbevormundung zu einer geregelten Staatsaufsicht.

---

4) Die Begriffe "Kommunalaufsicht" und "Staatsaufsicht" sind identisch; jener weist auf das Objekt der Aufsicht hin, dieser auf das Subjekt.

5) Stier-Somlo in HWBRWiss. Bd. V, S. 434; Preuß in HWBKWiss. Bd. 3, S. 808.

6) GS 1806-1810, S. 324.

Der Genehmigungsvorbehalt ist jedoch nicht erst im Zuge dieser Entwicklung entstanden. Sinn und Regelung, die heute mit dem Begriff des Genehmigungsvorbehalts verbunden werden, finden sich bereits in den sogenannten rathäuslichen Reglements, durch die Friedrich Wilhelm I. die Verwaltung der Städte bis in kleinste Details regelte [7]. Die rathäuslichen Reglements waren so umfassend, daß "weder die Stadtgemeinden noch der Magistrat sich ohne Genehmigung der Steuerräte eine Disposition über das städtische Gemeinwesen erlauben durften. Keine neue Anlage, keine Erhöhung der Bestimmung, wenn der Zweck noch so gemeinnützig war, keine bessere Benutzung eines Grundstücks war ohne höhere Genehmigung erlaubt" [8]. Aus diesem Bericht der Minister vom Stein und von Schrötter vom 1. November 1808 an den König über die Lage der Städte ergibt sich, daß bereits in den rathäuslichen Reglements Friedrich Wilhelm I. echte Genehmigungsvorbehalte ausgesprochen waren.
Eine entsprechende Einschränkung der Verfügungsgewalt der Gemeinden über ihr Immobiliarvermögen enthielt auch das Allgemeine Landrecht [9], das ein für die preußische Monarchie einheitliches [10] Städterecht kodifizierte. § 35 ALR II 7 bestimmte:

> "Zur Veräußerung von Gemeingründen und Gerechtigkeiten, sowie zu Schulden, welche die Gemeine verpflichten sollen, ist ebenfalls die Einwilligung der Gerichtsobrigkeit nothwendig."

Diese dem heutigen Genehmigungsvorbehalt bereits vergleichbare Regelung war allerdings nicht Mittel einer geregelten Staatsaufsicht, sondern Kennzeichen der im Zeitalter des Absolutismus herrschenden Staatsbevormundung der Gemeinwesen.

---

7) z.B. Rathhäusliches Reglement von 1736 für Berlin (zitiert bei Pagenkopf, Einführung in die Kommunalwissenschaft, S. 31), von 1748 für Breslau und von 1783 für Königsberg (zitiert bei v. Grumbkow, aaO S. 15); weitere rathhäusliche Reglements sind genannt bei Schmoller, in ZfprGLK 1871 S. 559 ff und 1874 S. 520 ff.

8) v. Grumbkow, Die Geschichte der Kommunalaufsicht in Preußen, S. 17; Pertz, Das Leben des Ministers Freiherrn vom Stein, II. Bd. S. 684 f.

9) Vgl. Rehbein-Reinicke, Allgemeines Landrecht, Bd. 3 S. 372.

10) Dabei ist allerdings zu bedenken, daß das ALR nur subsidiären Charakter hatte, daneben aber eine unübersehbare Verschiedenheit der Stadtrechte fortbestand. Vgl. hierzu Schoen, Das Recht der Kommunalverbände in Preußen, S. 20.

§ 3
Die Stein'sche Städteordnung vom 19. November 1808

Nach dem Zusammenbruch Preußens wurde allgemein die Notwendigkeit einer umfassenden Reform von Gesetzgebung und Verwaltung anerkannt. Es hatte sich gezeigt, daß die Bürgerschaft infolge der staatlichen Allbevormundung [11] interessenlos, aber auch unfähig geworden war, ihre alltäglichen politischen Angelegenheiten zu besorgen. "An der Teilnahmslosigkeit des Kapitalbesitzes, des Handels- und Gewerbestandes, wie des Kleingrundbesitzers, an der egoistischen Verzweiflung des herrschenden Grundbesitzes und Beamtentums war der Staat zu Grunde gegangen" [12].

Die Leitung der Reform wurde dem Freiherrn vom Stein übertragen. Dieser hatte bereits in der Nassauer Denkschrift von 1807 seine Auffassung über die Ziele einer notwendigen Reform des gesamten Staatswesens niedergelegt [13] und im Hinblick auf die Staatsaufsicht die Meinung vertreten, sie müsse weitgehend eingeengt werden [14]. In der spater nach ihm benannten Städteordnung vom 19. November 1808 haben seine Tendenzen dann ihre Verwirklichung gefunden [15]. Das Aufsichtsrecht wurde außerordentlich frei gestaltet und kann mit der staatlichen Allbevormundung unter dem sich bis zum Ende des 18. Jahrhunderts zunehmend stärker konzentrierenden Absolutismus kaum verglichen werden [16]. Bereits die Entwürfe zeigen aber, wie um den staatlichen Einfluß auf die Selbstverwaltungskörperschaften gekämpft wurde. Der vom ostpreußischen Provinzialdepartement beratene Entwurf ließ die Züge des absolutistischen Staates noch stark erkennen, während der vom Generaldepartement beratene Entwurf weit mehr der neuen liberalen Richtung entsprach [17]. Den entscheidenden Punkt in der Kontroverse zwischen Provinzial- und Generaldepartement bildete die Ausgestaltung des Aufsichtsrechts, und hier insbesondere die Zahl der Genehmigungsvorbehalte. Zwar blieben eine Reihe von Rechtsgeschäften genehmigungspflichtig [18]; im übrigen setzte sich die liberale Richtung jedoch durch: für die Veräußerung von

---

11) Ausdruck bei v. Grumbkow, aaO S. 24.

12) Bornhak, Geschichte des Preußischen Verwaltungsrechts, Bd. II, S. 1.

13) Vgl. die Nassauer Denkschrift bei Pertz, aaO Bd. I, S. 427-432; auch E. v. Meier, Die Reform der Verwaltungsorganisation unter Stein und Hardenberg, S. 133.

14) Vgl. die Nassauer Denkschrift bei Pertz, aaO.

15) E. v. Meier, aaO S. 147; Becker in HKWPr. Bd. I, S. 79.

16) v. Grumbkow, aaO S. 27.

17) s. über diese Verhandlungen: Lehmann, Freiherr vom Stein, Bd. II S. 480.

18) Vgl. §§ 1, 2, 51, 152, 153 StO.

Grundstücken war eine Genehmigung nicht mehr erforderlich. § 189 Abs. 2 Buchst. c bestimmte, daß der Ortspolizeibehörde eine kurze nachträgliche Anzeige von der geschehenen Grundstücksveräußerung zu erstatten ist [19].

§ 4
Die revidierte preußische Städteordnung vom 17. März 1831

Bereits wenige Jahre nach dem Inkrafttreten der Städteordnung von 1808 zeigte sich, daß die Staatsaufsicht allzusehr eingeschränkt worden war. An vielen Orten wirtschafteten die Stadtverordneten nur im eigenen Interesse; um augenblicklichen Bedürfnissen abzuhelfen, veräußerten sie vor allem Grundstücke, die bei vernünftiger Wirtschaftsführung dauernden Nutzen gebracht hätten [20]. Diese Mißstände führten zu fast einhelliger Kritik des geltenden Aufsichtsrechts. Streckfuß [21], v. Raumer [22], v. Ulmenstein [23], Wehnert [24], Horn [25], Wilhelm v. Humboldt [26] und schließlich auch v. Stein [27] erkannten die Notwendigkeit, die Staatsaufsicht im Interesse der Gemeinden wesentlich zu erweitern.

---

19) Auch das Bayerische Gemeindeedikt vom 17. Mai 1818 und später die revidierte Verordnung betr. die Verfassung und Verwaltung im Königreich Bayern vom 1. Juli 1834 lassen den starken Einfluß der preußischen Reformen erkennen. Die Grundlage dieser Gesetzgebung war allerdings die Staatskuratel, die in der staatlichen Genehmigungspflicht zahlreicher vermögensrechtlicher Maßnahmen Ausdruck fand. Die Veräußerung von Grundstücken blieb ebenfalls genehmigungspflichtig; vgl. Pagenkopf, aaO S. 38; Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 13.

20) Schoen, aaO S. 31; v. Grumbkow, aaO S. 51.

21) Über die preußische Städteordnung, S. 114 f.

22) Über die preußische Städteordnung nebst einem Vorworte über bürgerliche Freiheit nach französischen und deutschen Begriffen, S. 22 f.

23) Die Preußische Städteordnung und die französische Kommunalordnung, S. 111 f.

24) Über die Reform der Preußischen Städteordnung, S. 2 f.

25) Die preußische Städteordnung verglichen mit dem Entwurfe zu einem neuen Kommunalgesetze für Frankreich, S. 32; derselbe, Sendschreiben an den Herrn Bürgermeister Perschke in Landeshut, S. 29 f.

26) Denkschrift über die Städteordnung, in W. v. Humboldts gesammelten Schriften, 12. Bd. 2. Hälfte S. 415.

27) Pertz, aaO Bd. VI S. 251.

Die Regierung versuchte anfänglich, durch Deklarationen Abhilfe zu schaffen [28]. Als diese jedoch nicht mehr ausreichten und außerdem die Einführung des preußischen Städterechts in die 1815 mit der Monarchie neu - bzw. wiedervereinigten Landesteile erforderlich wurde, ging man an eine Revision der alten Städteordnung.

In der am 17. März 1831 verkündeten "Revidierten Städteordnung für die Preußische Monarchie" [29] wurde die Zahl der Genehmigungsvorbehalte erheblich erweitert. Entsprechend der Kritik wurde vor allem die Veräußerung gemeindeeigener Grundstücke an die staatliche Genehmigung geknüpft. § 117 bestimmt u.a.:

> "Zur freiwilligen Veräußerung städtischer Grundstücke .... ist erforderlich .... die Genehmigung der Regierung" [30].

Die revidierte Städteordnung wurde allerdings nicht, wie ursprünglich vorgesehen, im ganzen Staatsgebiet, sondern nur in den Städten der östlichen Provinzen, in den größeren Städten und Gemeinden der Provinz Westfalen sowie in einigen Städten der Rheinprovinz [31] eingeführt. Im übrigen galt die Stein'sche Städteordnung vorerst weiter; allerdings war die Möglichkeit, diese mit der revidierten Städteordnung zu vertauschen, grundsätzlich eingeräumt. Davon machten jedoch nur wenige Städte [32] Gebrauch [33].

---

28) Schoen, aaO S. 28.

29) GS 1831, S. 10.

30) GS 1831, S. 28.

31) Es handelte sich um Wetzlar, Essen und Mühlheim. Vgl. hierzu Schoen, aaO S. 31.

32) v. Rönne-Simon, Die preußischen Städteordnungen vom 19. November 1808 und 31. März 1831, S. 44; v. Grumbkow, aaO S. 67; Schoen, aaO S. 32.

33) In Bayern folgte auf das Gemeindeedikt vom 17. Mai 1818 das revidierte Gemeindeedikt vom 11. Juli 1834 (Weber, Gesetze und Verordnungen, Bd. 2 S. 747), welches keine neuen Aufsichtsbestimmungen enthält.

§ 5
Die weitere Entwicklung bis zum Ende des 1. Weltkrieges

Der Genehmigungsvorbehalt, wie er in § 117 der revidierten Städteordnung normiert worden war, sollte fortan fester Bestandteil der zahlreichen Kommunalverfassungen bleiben, die im Verlaufe des 19. Jahrhunderts noch geschaffen wurden. Es hatte sich gezeigt, daß der Staat die Wirtschaftsführung der Gemeinden hinsichtlich ihres Grundvermögens überwachen und leiten mußte, um allen Mißverhältnissen vorzubeugen und damit eine vernünftige Grundstückspolitik zu gewährleisten.

1. Die unter dem Einfluß der Revolution von 1848 entstandene "Gemeindeordnung für den preußischen Staat vom 11. März 1850" [34], die an Neuem die kommunalrechtliche Gleichstellung von Stadt- und Landgemeinden und die Übertragung der Aufsichtsbefugnisse auf Organe der höheren Kommunalverbände [35] brachte, behielt den Genehmigungsvorbehalt für die Veräußerung von Grundstücken bei [36], wie überhaupt das Aufsichtsrecht dieser GO ähnlich dem der revidierten Städteordnung ausgestaltet war.
Die GO von 1850 wurde jedoch, bevor sie überall Gesetz geworden war, unter dem Druck der Reaktion im Jahre 1852 sistiert [37] und durch Gesetz vom 24. Mai 1853 [38] zusammen mit Art. 105 der Verfassung vom 31. Januar 1850 wieder aufgehoben.

2. Nach Aufhebung der GO von 1850 wurden die Verfassungen der Städte neu kodifiziert. In kurzen Zeitabständen wurden 3 Städteordnungen erlassen, und zwar die "Städteordnung für die östlichen Provinzen vom 30. Mai 1853" [39], die "Städteordnung für die Provinz Westfalen vom 19. März 1856" [40] und die "Städteordnung für die Rheinprovinz vom 15. Mai 1856" [41]. Ebenso wie in diesen Städteordnungen [42] blieb der Genehmigungsvorbehalt auch in den Stadt-

---

34) GS 1850, S. 213.
35) Kreisausschuß und Bezirksrat.
36) Vgl. § 45.
37) GS 1852, S. 288.
38) GS 1853, S. 238.
39) GS 1853, S. 261.
40) GS 1856, S. 237.
41) GS 1856, S. 406.
42) Vgl. § 50 StO f. d. östl. Provinzen; § 49 StO f. Westfalen; § 46 StO f. d. Rheinprovinz.

verfassungen unverändert bestehen, die in den später mit der preußischen Monarchie vereinigten Landesteilen erlassen wurden; so in der "Städteordnung für Schleswig-Holstein vom 14. April 1869" [43] und der "Städteordnung für Hessen-Nassau vom 4. August 1897" [44].

3. Während das Staatsaufsichtsrecht in den Städten den dort herrschenden Verhältnissen organisch angepaßt wurde, verlief die Entwicklung auf dem "platten Lande" [45] nicht so einheitlich.

a) In den östlichen Provinzen Preußens blieben zunächst die Rechtsverhältnisse des ALR bestehen [46]. Zwar legte die Regierung bereits am 1. Dezember 1853 - neben den Entwürfen für die Städteordnungen - auch Entwürfe zur Kreisverfassung der einzelnen Provinzen vor, zog sie jedoch wegen des starken Widerstandes der Gutsherren wieder zurück [47]. Dennoch kamen die Bemühungen um eine kommunale Ordnung der Kreise nicht mehr zur Ruhe. Auf Grund der unermüdlichen Bemühungen Eulenburgs und Gneists [48] erging schließlich die "Kreisordnung für die Provinzen Ost- und Westpreußen, Brandenburg, Pommern, Posen, Schlesien und Sachsen vom 13. Dezember 1872" [49]. Sie hob die Patrimonialordnung auf und gab den Kreisen Selbstverwaltung und entsprechende Staatsaufsicht. Der Genehmigungsvorbehalt bei Veräußerungen von kreiseigenen Grundstücken (§ 176) wurde ebenso wie die übrigen Genehmigungs- und Bestätigungsvorbehalte aus den Städteordnungen übernommen. Das gleiche gilt für die "Provinzialordnung für die 6 östlichen Provinzen vom 29. Juni 1875" [50] hinsichtlich der betreffenden Akte auf Provinzebene [51].
Die am 4. Juli 1891 erlassene "Landgemeindeordnung für die 6 östlichen Provinzen" [52] brachte für das große östliche Rechtsgebiet Preußens eine einheitliche Gemeindeverfassung [53] und somit auch den Abschluß der Entwicklung in diesem Raum. Die in § 115 normierten Genehmigungsvorbehalte entsprachen den in der Kreis- und Provinzialordnung getroffenen Regelungen.

---

43) GS 1869, S. 589, § 71.
44) GS 1897, S. 254, § 56.
45) Schoen, aaO S. 57.
46) Vgl. § 35 ALR II 7.
47) v. Unruh, Der Kreis, S. 122.
48) Zu den Einzelheiten der Entstehungsgeschichte vgl. v. Unruh, aaO S. 122, 132 ff.
49) GS 1872, S. 661.
50) GS 1875, S. 335.
51) Vgl. § 119 der ProvO.
52) GS 1891, S. 233.
53) Schoen, aaO S. 57.

b) Im Gegensatz zu den östlichen Landesteilen entwickelten sich Selbstverwaltungs- und Staatsaufsichtsrecht in den Landgemeinden der westlichen Provinzen wesentlich einheitlicher und schneller. Hier erging bereits am 31. Oktober 1841 die "Landgemeindeordnung für die Provinz Westfalen" [54] und am 23. Juli 1845 die "Landgemeindeordnung für die Rheinprovinz" [55].
Die Aufsichtsbestimmungen in beiden Gemeindeordnungen, in denen sich "unter den Auswirkungen der revidierten Städteordnung von 1831 die altstaatlichen Bestrebungen, dem Staate ein möglichst ausgedehntes Aufsichtsrecht zu sichern, mit der überlieferten französischen Zentralisation" [56] begegneten, haben das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden sehr beschränkt und insbesondere die Verfügungsgewalt über das Grundvermögen unter staatliche Genehmigung gestellt [57].
Die Landgemeindeordnung für die Provinz Westfalen wurde im Jahre 1856 durch eine neugefaßte Gemeindeordnung [58] ersetzt, die das Aufsichtsrecht jedoch inhaltlich beibehielt [59]. Das gleiche gilt auch für die Novelle vom 15. Mai 1856 [60], die die Landgemeindeordnung für die Rheinprovinz nur unwesentlichen Änderungen unterwarf.
Die Kreisordnungen für die Provinz Westfalen von 1886 [61] und die Rheinprovinz von 1887 [62] bestätigen ebenso wie die in den gleichen Jahren erlassenen Provinzialordnungen [63] das geltende Aufsichtsrecht für die höheren Kommunalverbände und behielten demgemäß den Genehmigungsvorbehalt für die Grundstücksveräußerungen bei [64].

c) In den 1866 von Preußen neu erworbenen Landesteilen beließ man es zunächst bei den geltenden Gemeindegesetzen. Erst die neuen Kreisordnungen für die Provinz Hannover von 1884 [65], für Hessen-Nassau von 1885 [66] und für

---

54) GS 1841, S. 297.
55) GS 1845, S. 523.
56) v. Grumbkow, aaO S. 83.
57) Vgl. § 123 LGO f. d. Provinz Westfalen und § 46 LGO f. d. Rheinprovinz.
58) GS 1856, S. 265.
59) Vgl. § 53 LGO f. d. Provinz Westfalen vom 19. März 1856.
60) GS 1856, S. 435.
61) GS 1886, S. 217.
62) GS 1887, S. 209.
63) GS 1886, S. 254; GS 1887, S. 249.
64) Vgl. §§ 91 KrO f. d. Provinz Westfalen und die Rheinprovinz; §§ 119 PrO f. Westfalen und die Rheinprovinz.
65) GS 1884, S. 181.
66) GS 1885, S. 193.

Schleswig-Holstein von 1888 [67] glichen Gemeinde- und Aufsichtsrecht dieser Gebiete dem des übrigen Preußens an. In gleichlautenden Bestimmungen wurde der Genehmigungsvorbehalt für Grundstücksveräußerungen ähnlich der revidierten Städteordnung [68] ausgestaltet [69].
Unmittelbar nach den Kreisordnungen wurde auch die Provinzialordnung von 1875 in diesen Gebieten eingeführt [70]. Damit war der Genehmigungsvorbehalt für alle Kommunalverbände geltendes Recht.

Die Entwicklung fand ihren vorläufigen Abschluß, als im Jahre 1892 in Schleswig-Holstein die Landgemeindeordnung für die östlichen Provinzen von 1891 mit nur geringen, den Genehmigungsvorbehalt nicht betreffenden, Abweichungen erlassen wurde.

§ 6
Die Ausgestaltung des Genehmigungsvorbehalts nach dem 1. Weltkrieg

Der Zusammenbruch der monarchistischen und die Entstehung der Weimarer Verfassung hatten auf das in den zahlreichen Gemeindegesetzen Preußens enthaltene Staatsaufsichtsrecht und damit auf den Genehmigungsvorbehalt keinen Einfluß. So wurde das nach dem Jahre 1831 geschaffene Aufsichtsrecht unverändert in die Weimarer Republik übernommen. Wenn sich auch infolge des unitarischen Charakters der Reichsverfassung im Verhältnis des Staates zu den Gemeinden und Gemeindeverbänden Spannungen ergaben, die zu einer Verschärfung der Aufsicht führten [71], hatte das keine Auswirkungen auf den Genehmigungsvorbehalt.

---

67) GS 1888, S. 139.

68) Vgl. § 103 KrO f. d. Provinz Hannover; § 104 KrO f. d. Provinz Hessen-Nassau; § 139 KrO f. d. Provinz Schleswig-Holstein.

69) In den genannten Bestimmungen wird die Genehmigung als "Bestätigung" bezeichnet. Daß es sich hierbei um eine echte Genehmigung handelt, folgt aus den Nachsätzen, wonach Veräußerungen von Grundstücken ohne Bestätigung nichtig sind.

70) In Hannover am 7. Mai 1884 (GS 1884, S. 242); in Hessen-Nassau am 8. Juni 1885 (GS 1885, S. 242); in Schleswig-Holstein am 27. Mai 1888 (GS 1888, S. 191); in Westfalen am 1. 8. 1886 (GS 1886 S. 254); in der Rheinprovinz am 1. 6. 1887 (GS 1887 S. 249).

71) z. B. nahm das Finanzausgleichsgesetz vom 10. 8. 1925 den Gemeinden das Recht, Zuschläge zur Einkommen- und Körperschaftsteuer zu erheben. Die Möglichkeit der Selbstbesteuerung der Gemeinden und damit auch ihre finanzielle Verantwortlichkeit wurden dadurch eingeschränkt. Verschärfte Auf-

1. Eine bemerkenswerte Fortentwicklung brachte erst das Jahr 1933 mit der Einführung des Gemeindeverfassungsgesetzes vom 15. Dezember 1933 [72], das mit seinem Inkrafttreten am 1. Januar 1934 die bisher für die einzelnen Landesteile geltenden 15 preußischen Gemeindeordnungen [73] aufhob [74] und fortan die neue rechtliche Grundlage für die Selbstverwaltung der Gemeinden bildete. Auffallendes Merkmal des Gemeindeverfassungsgesetzes war die Ausscheidung des gesamten Wirtschaftsrechts. Dieses fand seine Regelung im "Gesetz über die Haushalts- und Wirtschaftsführung der Gemeinden und Gemeindeverbände (Gemeindefinanzgesetz) vom 15. Dezember 1933" [75]. § 64 Abs. I Satz 1 dieses Gesetzes lautete:

> "Der Abschluß von Rechtsgeschäften, welche die entgeltliche oder unentgeltliche Veräußerung .... von Grundstücken .... zum Gegenstand haben, bedarf der Genehmigung der Aufsichtsbehörde."

Damit war der Genehmigungsvorbehalt in seiner geschichtlich gewachsenen Form unverändert übernommen worden. Während er jedoch in den nun außer Kraft gesetzten, alten preußischen Gemeindeordnungen unbeschränkt für jegliche Veräußerung - ohne Rücksicht auf Größe und Preis des Grundstücks - Geltung hatte, stellte § 64 Abs. II GemFG einen neuartigen und einschränkenden Gedanken, die sog. Freistellung, in Aussicht:

> "Der Minister des Inneren kann Rechtsgeschäfte der in Abs. I Satz 1 bezeichneten Art, die im Rahmen der gemeindlichen Vermögensverwaltung ihrer Natur nach regelmäßig wiederkehren oder die von ihm bestimmten Wertgrenzen nicht übersteigen, von der Genehmigungspflicht freistellen."

Fortsetzung der Fußnote 71) von Seite 11:
sicht galt auch dem gemeindlichen Anleihewesen, das durch zahlreiche Ministerialerlasse (vom 27.1.1925, 30.5.1925, 30.7.1925, 1.8.1925), ein preußisches (Gesetz betr. ausländischen Kommunalkredit vom 9.7.1925) und ein Reichsgesetz (Reichsgesetz über die Aufnahme von Auslandskrediten vom 21.3.1925) geregelt wurde.

72) GS 1933, S. 427.

73) Vgl. die Übersicht bei Lympius-Küchenhoff, Gemeindeverfassungsgesetz und Gemeindefinanzgesetz, S. 149.

74) Einzelheiten vgl. § 70 Gemeindeverfassungsgesetz.

75) GS 1933, S. 442. Zugunsten der ehrenamtlich verwalteten Gemeinden und Gemeindeverbände unter 5000 Einwohnern erging am 24. Februar 1934 ein Gemeindefinanzgesetz, welches den vereinfachten Verhältnissen in diesen Gemeinden und Gemeindeverbänden Rechnung trug (GS 1934, S. 107).

Der mit der Idee der Freistellung erzielte Fortschritt ist unverkennbar. War man im 19. Jahrhundert noch vielfach bemüht, die mit der Industrialisierung wachsende wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden durch Vermehrung der Genehmigungsvorbehalte zu kontrollieren [76], hatte sich demgegenüber zu Beginn des 20. Jahrhunderts die Erkenntnis durchgesetzt, daß die Gemeinden politisch mündig und mithin in der Lage waren, zumindest eine große Zahl von Rechtsgeschäften in eigener Verantwortung zu tätigen, ohne daß damit dem Interesse des Staatsganzen Schaden zugefügt wurde.
Allein die Freistellung erfolgte während der Geltungsdauer des Gemeindefinanzgesetzes nicht mehr. Der Minister des Inneren kündigte zwar in der 1. Ausführungsanweisung zu § 64 des Gemeindefinanzgesetzes [77] an, die Freistellung werde in Kürze ergehen. Die Entwicklung wurde aber durch die Einführung der Deutschen Gemeindeordnung überholt.

2. Die "Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935" [78] brachte erstmals für alle deutschen Gemeinden, und zwar sowohl für die Stadt- als auch für die Landgemeinden, eine einheitliche [79] Rechtsordnung [80]. Im Gegensatz zum Gemeindeverfassungs- und Gemeindefinanzgesetz wurden die Regelungen über das Wirtschaftsrecht zwar wieder in das Gemeindeverfassungsrecht eingegliedert. Die DGO enthielt jedoch nur die grundlegenden wirtschaftsrechtlichen Bestimmungen. Einzelheiten sollten im Interesse der Übersichtlichkeit und Entlastung des Gesetzes im Verordnungswege geregelt werden [81]. Neben dem Recht der inneren Gemeindeverfassung behandelt demgemäß die DGO das Wirtschaftsrecht der Gemeinde in knapper Form in einem besonderen Teil, und zwar aus wohlerwogenen Gründen nicht nur das Haushaltsrecht, sondern auch das Vermögensrecht. Während viele Vorschriften der DGO nationalsozialistisches Gedankengut enthielten [82], wurden Form und Ausgestaltung des wirtschaftsrechtlichen Teils und insbesondere der Genehmigungsvorbehalt davon nicht berührt. Infolge einer redaktionellen Änderung lautete § 62 DGO nunmehr u.a.:

---

76) Vgl. z.B. Art. 159 der Bayr. Gemeindeordnung vom 29.4.1869.
77) GS 1933, S. 442.
78) RGBl 1935 I, S. 49.
79) Eine Sonderregelung wurde mit Rücksicht auf die vorliegenden Besonderheiten für die Reichshauptstadt Berlin getroffen; vgl. das Gesetz über die Verfassung und Verwaltung der Reichshauptstadt Berlin vom 1.12.1936 (RGBl 1936 I, S. 957) nebst 1. Ausführungsverordnung vom 24.12.1936 (RGBl 1936 I, S. 1147).
80) Kerll-Weidemann, Die Deutsche Gemeindeordnung, S. 1.
81) Auf der Ermächtigungsgrundlage des § 105 DGO ergingen zahlreiche Durchführungsverordnungen; vgl. die vollständige Zusammenstellung bei Pagenkopf, aaO S. 132.
82) Vgl. §§ 1, 6 Abs. 2, 33, 41, 45, 50, 51, 54, 106, 117, 118 DGO.

"2) Die Gemeinde bedarf der Genehmigung der Aufsichtsbehörde, wenn sie
1) Vermögensgegenstände aller Art unentgeltlich veräußern,
2) Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte verkaufen oder tauschen .... will.
3) Der Reichsminister des Inneren kann durch Verordnung Rechtsgeschäfte nach Abs. 2 Nr. 1 und 2 von der Genehmigungspflicht freistellen, wenn sie ihrer Natur nach regelmäßig wiederkehren oder wenn bestimmte Wertgrenzen nicht überstiegen werden."

Die aus dem Gemeindefinanzgesetz übernommene und in § 62 Abs. 3 DGO vorgesehene Freistellung erfolgte in der 1. Durchführungsverordnung zu § 62 DGO und in der 2. Durchführungsverordnung zu § 105 DGO.
Während gemäß §§ 23, 24 der 1. Durchführungsverordnung zu § 62 DGO [83] die unbedingte Freistellung nur für bestimmte, das Gemeinwohl fördernde Veräußerungsgeschäfte erfolgte, wie z.B. Bau von Straßen, Plätzen, Wegen, im übrigen aber mit der Größe der Gemeinde sowie Größe und Preis des Grundstücks gekoppelt wurde, ging die 2. Durchführungsverordnung zu § 105 DGO [84] einen Schritt weiter. Nach § 5 dieser Verordnung entfiel der Genehmigungsvorbehalt in Stadtkreisen, wenn nicht Gegenstand der Veräußerung Grundstücke waren, die der Versorgung der Bevölkerung mit Elektrizität, Gas oder Wasser dienten. Die hiernach nicht genehmigungspflichtigen Veräußerungsgeschäfte waren der Aufsichtsbehörde lediglich schriftlich anzuzeigen. Die Anzeigepflicht entfiel, soweit bereits nach der 1. Durchführungsverordnung zu § 62 DGO eine Genehmigung nicht erforderlich war.
Damit hatte das Staatsaufsichtsrecht auf dem Gebiete der Immobiliarverwaltung eine weitgehende Einschränkung erfahren. Die Stadtkreise, und mit Einschränkungen auch die kreisangehörigen Gemeinden, waren in ihrer Grundstückspolitik wenn auch nicht frei, so doch in großzügigen Grenzen unabhängig geworden. Diese, von geschichtlicher Warte aus betrachtet, bemerkenswerte Entwicklung ist wohl damit zu erklären, daß der Gedanke sich durchgesetzt hatte, die Idee der Selbstverwaltung verlange eine möglichst eigene Entscheidung der Gemeinden, während umgekehrt der Staat mit der Genehmigung an der betreffenden Maßnahme der Gemeinde mitwirke und damit auch eine gewisse Verantwortung übernehme, die jedoch im Interesse der Selbstverwaltung nicht wünschenswert sei [85]. Die in der DGO getroffene Regelung ist allerdings in ihren praktischen Auswirkungen nicht neu. Freistellung und bloße Anzeigepflicht waren bereits Inhalt des § 189 der ersten Stein'schen Städteordnung [86]. Immerhin hat es ein

83) Abgedruckt bei Kerll-Weidemann, aaO zu § 62.
84) Abgedruckt bei Kerll-Weidemann, aaO zu § 105.
85) Zuhorn-Hoppe, Gemeindeverfassung, S. 305.
86) Vgl. oben S. 5 f.

Jahrhundert gedauert, bis die Idee des Freiherrn vom Stein sich endgültig durchzusetzen vermochte.

3. Nach dem Zusammenbruch im Jahre 1945 behielt die DGO zunächst Geltung. Erst im März 1946 erschien die Verordnung Nr. 21 der britischen Militärregierung [87], die in der Anlage eine Neufassung der DGO enthielt und diese im britischen Kontrollgebiet zum 1. April 1946 in Kraft setzte. Diese sogenannte revidierte Deutsche Gemeindeordnung brachte für das Wirtschaftsrecht der Gemeinden sachlich keine Änderungen [88]. Genehmigungsvorbehalt und Freistellung wurden im bisherigen Rahmen beibehalten. Lediglich die Aufsichtsbefugnis wurde auf die Militärregierung übertragen.

§ 7
Die Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 21. Oktober 1952

Nachdem das Grundgesetz die Zuständigkeit der Länder für die Neuregelung des Gemeinderechts begründet hatte [89], erließ das Land Nordrhein-Westfalen die "Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 21.10.1952" [90] in der Fassung der Bekanntmachung der Landesregierung vom 28.10.1952 [91].

Das Wirtschaftsrecht der GONRW schließt sich ohne wesentliche Änderungen dem der DGO und der revDGO an und läßt demgemäß das Grundstücksrecht der Gemeinden unberührt.
§ 64 Abs. 2 und 3 GONRW lautet in der heute geltenden Fassung:

> "2. Die Gemeinde bedarf der Genehmigung der Aufsichtsbehörde, wenn sie
> a) über Vermögensgegenstände aller Art unentgeltlich verfügen,
> b) Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte verkaufen oder tauschen .... will.
> 3. Der Innenminister stellt durch Rechtsverordnung Rechtsgeschäfte nach den Absätzen 2a) und b) von der Genehmigung frei, wenn sie ihrer

87) Veröffentlicht im Amtsblatt der Militärregierung Deutschland, Britisches Kontrollgebiet, Nr. 7 S. 127 ff.
88) Zuhorn-Hoppe, aaO S. 23; Fachinger, Gemeinderecht im britischen Kontrollgebiet, S. 45; Odenbreit, Die Gemeindeordnung, 8. Aufl. S. 3.
89) Vgl. Art. 28 Abs. 1, 70 ff GG.
90) GVNW 1952, S. 269.
91) GVNW 1952, S. 283.

Natur nach regelmäßig wiederkehren oder wenn bestimmte Wertgrenzen oder Grundstücksgrößen nicht überstiegen werden."

Von der in § 64 Abs. 3 GONRW ausgesprochenen Ermächtigung hat der Innenminister durch die 4. Durchführungsverordnung zu § 64 GONRW vom 15.1.1953 [92] Gebrauch gemacht und in einem umfangreichen Katalog nach Maßgabe des Gesetzes Grundstücksgeschäfte von der Genehmigung freigestellt [93].

§ 8
Zusammenfassung

Der Überblick über die geschichtliche Entwicklung des Genehmigungsvorbehalts als eines der wichtigsten Mittel der Staatsaufsicht hat gezeigt, wie sich das Verhältnis von Staat und Gemeinde gewandelt hat. War die Existenz des Genehmigungsvorbehalts im Zeitalter des Absolutismus nahezu selbstverständlich, trat er mit dem Reformwerk des Freiherrn vom Stein in den Mittelpunkt der Diskussion um Form und Ausgestaltung des staatlichen Aufsichtsrechts. Im weiteren Verlauf des 19. Jahrhunderts war er Gradmesser für die Einflußmöglichkeiten des Staates auf die Selbstverwaltung der Gemeinden. Aller Kampf um seine Existenzberechtigung und Ausgestaltung hat aber nicht zu verhindern vermocht, daß von der in der Stein'schen Städteordnung getroffenen Regelung über die revidierte Städteordnung von 1831 bis zum § 64 GONRW ein grader und folgerichtiger Weg führt. Nachdem die Bürgerschaft sich ein Jahrhundert hindurch in der Kunst der Selbstverwaltung geübt und sich bewährt hatte - während dieses Reifeprozesses wurde der Genehmigungsvorbehalt streng gehandhabt -, konnte der Staat immer mehr dazu übergehen, den Genehmigungsvorbehalt durch Freistellungen aufzulockern. Diese Entwicklung wurde allerdings durch die ungeahnten Anforderungen begünstigt, die der Straßenbau und das Wohn- und Siedlungswesen nach dem 1. Welt-

---

92) GVNW 1953, S. 110.

93) Ähnliche Regelungen finden sich auch in den übrigen Gemeindeordnungen; vgl. § 55 der Stadtverfassung für Bremerhaven; § 94 hessGO; § 84 niedersGO; § 72 rheinl-pfälzGO; § 78 schlesw-holstGO. In Baden- Württemberg ist allein die Veräußerung von Waldgrundstücken der Gemeinde genehmigungspflichtig (§ 80 Abs. 4 GO); im übrigen besteht eine Vorlagepflicht (§ 80 Abs. 3 GO). Nach Art. 63 bayrGO bedarf die Gemeinde nur dann der Genehmigung, wenn sie Sachen (dazu zählen auch Grundstücke), die einen besonderen wissenschaftlichen, geschichtlichen oder künstlerischen Wert haben, veräußern will.

krieg an die gemeindliche Grundstückspolitik stellten. Eine unbeschränkte Genehmigungspflicht hätte die Aufsichtsbehörden technisch überfordert und den Grundstücksverkehr der Gemeinden praktisch lahmgelegt. Demgemäß wurde der Staat auch durch verwaltungstechnische Probleme gezwungen, den Genehmigungsvorbehalt weitgehend einzuschränken [94]. Jedenfalls bietet sich dem Betrachter heute das Bild einer bemerkenswerten Freizügigkeit im gemeindlichen Grundstücksrecht.

II. KAPITEL

DAS VERHÄLTNIS DES GENEHMIGUNGSVORBEHALTS ZUR RECHTSAUFSICHT

§ 9
Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht

1. "Sämtliche Länder der Bundesrepublik Deutschland sichern heute die auf eine Rechtskontrolle beschränkte Kommunalaufsicht durch Verfassungssätze, die unmittelbar geltendes Recht enthalten und nicht etwa nur Programmsätze für den Gesetzgeber darstellen" [95]. Die Formulierungen sind im einzelnen verschieden, der Sache nach besteht jedoch Übereinstimmung. Die Verfassung Nordrhein-Westfalens (Art. 78 Abs. 4), Baden-Württembergs (Art. 75 Abs. 1 Satz 1) und der freien Hansestadt Bremens (Art. 147) beschränken die Aufsicht auf die Überwachung der "Gesetzmäßigkeit der Verwaltung"; in Hessen (Art. 137 Abs. 3 Satz 2), Rheinland-Pfalz (Art. 49 Abs. 3 Satz 2) sowie im Saarland (Art. 127) hat die Aufsicht dafür zu sorgen, daß die Gemeindeverwaltung "im Einklang mit den Gesetzen" geführt wird; nach Art. 83 Abs. 4 der bayerischen Verfassung wacht der Staat hinsichtlich der Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises "nur über die Erfüllung der gesetzlichen Pflichten und die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften"; die Verfassung für Niedersachsen bringt in Art. 44 Abs. 5 zum Ausdruck, die Staatsaufsicht habe sicherzustellen, "daß die Gesetze beobachtet werden"; in

---

94) Die Übersicht bei Surén, Gemeindewirtschaftsrecht, S. 63 ff läßt erkennen, daß die Freistellungen fast ausschließlich im Interesse der Durchführung des Straßenbaus und des Wohnungs- und Siedlungswesens erfolgt ist.

95) Gönnenwein, Die Kommunalaufsicht als Rechtaufsicht, in Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 514.

Schleswig-Holstein endlich ist es nach Art. 39 Abs. 3 der Landessatzung Aufgabe der Aufsicht, "die Durchführung der Gesetze" zu sichern [96].

Die genannten Verfassungssätze beziehen sich selbstverständlich nur auf die Aufsicht über die Selbstverwaltungsangelegenheiten der Gemeinden, da eine Rechtsaufsicht sinnvoll nur das Pendant der Eigenverantwortung sein kann.

2. Dieser verfassungsgesetzlichen Beschränkung der Kommunalaufsicht auf eine reine Rechtskontrolle tragen die Gemeindeordnungen der Länder bei der grundsätzlichen Regelung des Aufsichtsrechts mit ähnlichen Formulierungen Rechnung. Allerdings werden für diese Erscheinungsform der Aufsicht nicht überall die im bisherigen Kommunalrecht üblichen Begriffe "Kommunalaufsicht" oder "Staatsaufsicht" [97] verwendet. Das ist einerseits nur in Niedersachsen (§ 12 Satz 2 GO) und Schleswig-Holstein (§ 120 GO) und andererseits nur in Hessen (§ 135 Satz 1 GO), Rheinland-Pfalz (§ 117 GO) und Bremerhaven (§ 91 Abs. 1 der Stadtverfassung) der Fall. Baden-Württemberg (§ 118 Abs. 1 GO) und Bayern (Art. 109 Abs. 1 GO) bezeichnen diese Aufsichtsform dagegen ihrem Charakter entsprechend als "Rechtsaufsicht"; Nordrhein-Westfalen (§ 106 Abs. 1 Satz 3 GO) verwendet den Begriff der "allgemeinen Aufsicht".

Diese Verschiedenheit in der Terminologie beeinträchtigt zwar die Übersichtlichkeit des Gemeinderechts; da es sich jedoch insoweit um synonyme Begriffe handelt, ist die bei der Neuregelung des Gemeinderechts in der Bundesrepublik häufig geforderte Rechtsübereinstimmung wenigstens materiell gewahrt.

3. Als Inhalt der Kommunalaufsicht ergibt sich somit nach den Verfassungen und den Gemeindeordnungen aller Länder der Bundesrepublik die Überwachung der Gesetzmäßigkeit der Gemeindeverwaltung. Soweit die Länderverfassungen die Kommunalaufsicht auf Gesetzmäßigkeitskontrolle festlegen und begrenzen, zielen sie damit unbestritten jedenfalls auf die allgemeine oder repressive Kommunalaufsicht ab [98]. Mit ihren

---

96) Die Städte Berlin und Hamburg nehmen wegen ihrer stadtstaatlichen Struktur eine Sonderstellung ein; sie müssen daher hier außer Betracht bleiben. Die Verfassung der sowjetisch besetzten Zone beschränkt die Aufsicht zwar ebenfalls auf die Überwachung der Gesetzmäßigkeit, daneben hat die Aufsicht aber die "demokratischen Verwaltungsgrundsätze zu wahren.

97) Vgl. oben S. 3 Anm. 4.

98) Weber, Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, in Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht, S. 19; Salzwedel, in Arch. f. KommW. Bd. 1, S. 203; Müller, in Verw. Arch. Bd. 54 S. 170.

Mitteln [99] können gesetzwidrige Maßnahmen verhindert und gesetzliche Pflichten der Kommunen zur Erfüllung gebracht werden. Die Aufsichtsbehörden werden im Rahmen der allgemeinen oder repressiven Kommunalaufsicht also prüfen, ob die Gemeinden die ihnen gesetzlich zustehenden Befugnisse nicht überschreiten und die gesetzlichen Verfahrensvorschriften beachten [100]. Eine Ermessenskontrolle ist nur insoweit zulässig, als sie der Nachprüfung dient, ob sich die Gemeinde innerhalb des ihr im konkreten Falle zustehenden Ermessensspielraums bewegt und von ihrem Ermessen pflichtgemäß Gebrauch gemacht hat. Denn Ermessensüberschreitung und Ermessensmißbrauch sind Rechtsverletzungen [101]. Ob und in welchem Umfange der Gemeinde im Einzelfall ein Ermessensspielraum zusteht, bedarf daher jeweils der genauen Untersuchung.

Bei der Beurteilung dieser Frage können die für die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage entwickelten Grundsätze herangezogen werden. Danach liegt freies Ermessen dann vor, "wenn und soweit das objektive Recht das Handeln einer Behörde ihrer eigenen Bestimmung überläßt mit der Maßgabe, daß die Behörde den Maßstab ihrer Entscheidung aus ihrer eigenen subjektiven Vorstellung von der Notwendigkeit und der Zweckmäßigkeit ihres Handelns gewinnen soll" [102]. Daraus ergibt sich zum Beispiel, daß die in den Gemeindeordnungen für die Verwaltung der Gemeinde festgelegten Grundsätze, wie "Leistungsfähigkeit", "Wirtschaftlichkeit", "Sparsamkeit" [103] bloße Ermessensrichtlinien und nicht etwa sogenannte "unbestimmte Rechtsbegriffe" darstellen. Im Rahmen der Ermessensrichtlinien kann sich die Gemeindeverwaltung frei bewegen [104]; unbestimmte Rechtsbegriffe geben dagegen für eine freie Wertung keinen Raum [105]. Bei-

---

99) Das sind vor allem das Beanstandungsrecht (vgl. z.B. § 108 GONRW, Art. 112 bayrGO), das Anordnungsrecht (vgl. z.B. § 109 Abs. 1 GONRW, Art. 112 bayrGO, § 139 hessGO), die Ersatzvornahme (vgl. z.B. § 109 Abs. 2 GONRW, Art. 113 bayrGO, § 140 hessGO), die Einsetzung eines Staatskommissars (vgl. z.B. § 110 GONRW, § 141 hessGO, § 131 niedersGO) und die Finanzsperre (nur in Schleswig-Holstein und Nordrhein-Westfalen - vgl. § 126 schlesw-holstGO, § 23 Abs. 1 FinAusglG vom 17.5.1955, GVBL NW S. 103 -).

100) Vgl. z.B. den 1. Runderlaß des Innenministeriums über die Ausführung der Gemeindeordnung für Baden-Württemberg vom 15.11.1955, in GABl. 1955, S. 465.

101) Peters, Verwaltungsrecht, S. 317; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 153.

102) Bachof, Vornahmeklage, S. 69.

103) Vgl. z.B. §§ 8, 87, 92 GONRW; Art. 75 bayr.GO; §§ 76, 82 schlesw-holstGO.

104) Zuhorn-Hoppe, aaO S. 303; Kunze-Schmid, Kommentar zur Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, § 118 Anm. I 3 b.

105) Vgl. Kunze-Schmid, aaO mit weiteren Nachweisen.

spiele solcher unbestimmten Rechtsbegriffe sind die in den Gemeindeordnungen verwendeten Begriffe "öffentlicher Zweck", "laufende Verwaltung", "angemessene Frist" u.s.w. [106]. In allen diesen Fällen ist nur eine dem Gesetz entsprechende Entscheidung möglich. Trifft die Gemeinde im Falle eines unbestimmten Rechtsbegriffs eine unrichtige Entscheidung, dann verletzt sie das Gesetz und gibt Anlaß für ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde.
Zusammenfassend kann demnach festgestellt werden, daß die Aufsichtsbehörden jedenfalls im Bereich der allgemeinen oder repressiven Kommunalaufsicht allein die Gesetzmäßigkeit des gemeindlichen Handelns zu überwachen haben.

§ 10
Kommunalaufsicht als Zweckmäßigkeitsaufsicht?

1. Mit der getroffenen Feststellung, daß die Kommunalaufsichtsbehörden jedenfalls im Bereich der allgemeinen oder repressiven Kommunalaufsicht allein die Gesetzmäßigkeit des gemeindlichen Handelns zu überwachen haben, ist jedoch die Frage nach dem Umfang der landesverfassungsrechtlichen Beschränkung der Kommunalaufsicht auf die Rechtskontrolle noch nicht beantwortet. Neben den Mitteln der allgemeinen (repressiven) Aufsicht finden sich in den Gemeindeordnungen der Bundesländer und auch in anderen Kommunalgesetzen häufig Vorbehalte, nach denen bestimmte Maßnahmen gemeindlicher Organe zu ihrer Wirksamkeit der Mitwirkung der Aufsichtsbehörde bedürfen. Hier handelt es sich um den weiten Bereich aufsichtsbehördlicher Beteiligung am Kommunalwesen durch Genehmigungen, Bestätigungen, Dispense und sonstige Entscheidungen, der gemeinhin als Sonderaufsicht bezeichnet wird [107].
Die Sonderaufsicht im so verstandenen Sinn ist nicht zu verwechseln mit der in § 106 Abs. 2 GONRW genannten Sonderaufsicht. Bei dieser handelt es sich um ein besonderes Aufsichtsrecht des Staates, das eingreift, soweit die Gemeinden ihre Aufgaben nach Weisung erfüllen; sie richtet sich nach den in den einzelnen einschlägigen Gesetzen über die Führung dieser Aufsicht erlassenen Vorschriften und entspricht in etwa der früheren "Fachaufsicht" [108].
Während der Bereich der Sonderaufsicht [109] vor dem Inkrafttreten der Länder-

---

106) Vgl. §§ 19, 69 GONRW; §§ 2, 44, 121, 122 bad-württGO.

107) Weber, Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, aaO S. 21.

108) Pagenkopf, aaO S. 226; Zuhorn-Hoppe, aaO S. 307.

109) Die Sonderaufsicht wird auch präventive oder prophylaktische Aufsicht genannt. Für die Einteilung der Aufsicht in allgemeine oder repressive Aufsicht, Sonderaufsicht und Fachaufsicht vgl. den ausgezeichneten Überblick bei Scholl, Diss., S. 11 ff mit weiteren Nachweisen. Danach gehören zur

verfassungen unbedenklich erschien, wirft die Geltung der Sonderaufsicht im Hinblick auf die Beschränkung der Kommunalaufsicht auf die Rechtskontrolle nunmehr erhebliche Zweifelsfragen auf. Denn bei der Sonderaufsicht erschöpfen sich die Interventionsmöglichkeiten des Staates nicht in der auf den Maßstab der Gesetze beschränkten Rechtskontrolle. Sie ermöglicht der Aufsichtsbehörde vielmehr schon dann ein Einschreiten, wenn diese der Überzeugung ist, daß eine an sich gesetzmäßige Verwaltungsmaßnahme nicht dem wohlverstandenen Interesse der Gemeinde oder dem des Staates als der höheren Gemeinschaft entspricht. Eine besonders wirksame Form dieser Zweckmäßigkeitskontrolle gestattet der Genehmigungsvorbehalt [110]. Der in der Rechtslehre häufig wiederkehrende Satz, der Genehmigungsvorbehalt mache die Rechtswirksamkeit einer gemeindlichen Entschließung von der regelmäßig nach freiem Ermessen zu erteilenden oder zu versagenden Genehmigung der Aufsichtsbehörde abhängig [111], bedarf allerdings einer Einschränkung. Weber hat neuerdings zutreffend darauf hingewiesen, daß der Genehmigungsvorbehalt kein einheitlicher Komplex ist [112]. Genehmigungsvorbehalte können verschieden motiviert sein. In der kommunalaufsichtlichen Genehmigung kann sich eine echte materielle Beteiligung des Staates ausdrücken. "Es handelt sich dann ..... um "res mixtae", in denen ein kommunales und ein staatliches Bestimmungsinteresse zusammentreffen, wo sie sich zu einem staatlich-kommunalen Kondominium vereinigen. Die Entscheidung selbst ruht in diesen Fällen paritätisch auf den Schultern der kommunalen und der staatlichen Verwaltungsverantwortung, worüber die technische Ausgestaltung als kommunaler Akt, zu dem die staatliche Genehmigung oder Bestätigung nur als Wirsamkeitsvoraussetzung hinzutritt, nicht täuschen darf" [113]. Die Aufsichtsbehörde trifft damit

---

Fortsetzung der Fußnote 109) von Seite 20:
Sonderaufsicht die Anzeigepflicht, der Genehmigungsvorbehalt, die Aufsichtsentscheidung, das Recht zur Regelung von Ausnahmen, das Recht zur Berufung oder Ernennung von leitenden Beamten und Disziplinarmaßnahmen. Die Problematik der Einteilung der Aufsicht liegt außerhalb dieser Betrachtung. Im Folgenden wird der Einfachheit halber die Aufteilung von Scholl übernommen.

110) Einen Unterfall der Genehmigung stellt die Bestätigung im Sinne der Zustimmung des Staates zur Wahl von Gemeindeorganen bzw. Gemeindebeamten dar. Sie ist im Folgenden im Begriff der Genehmigung mit erfaßt. Anders als im bürgerlichen Recht findet hier eine Differenzierung der Begriffe also nicht statt; zum unterschiedlichen Begriff von Zustimmung und Genehmigung im bürgerlichen Recht vgl. §§ 183, 184 BGB.

111) Vgl. z.B. Pagenkopf, aaO S. 227 f; Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 416; Seeberger, in Der Städtetag 1961 S. 535.

112) Weber, Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, aaO S. 24.

113) Weber, Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, aaO S. 25.

in den Fällen der "res mixtae" nicht eine vom freien Ermessen getragene Aufsichtsentscheidung über einen kommunalen Akt; sie begegnet vielmehr der Selbstverwaltungskörperschaft "gleichsam paritätisch in der Bewirkung eines Vorgangs, der zugleich der kommunalen und der staatlichen Verantwortungssphäre angehört" [114]. Eine ähnliche Auffassung vertritt Salzwedel [115]. Er bezeichnet die staatsaufsichtliche Genehmigung in den hier erörterten Fällen der "res mixtae" als Sanktion der genehmigungsbedürftigen Entscheidung, weil die staatliche Mitwirkung - auch wenn sie zugleich einen Aufsichtszweck verfolge - in der Hauptsache vom Beteiligtsein des Staates in eigener Sache her legitimiert sei [116] [117].

Neben den Genehmigungsvorbehalten, die den "res mixtae" zuzurechnen sind, bestehen jedoch unbestritten weitere Genehmigungsvorbehalte, bei denen mit der Genehmigung eine Kontrolle dahingehend ausgeübt wird, ob das Handeln der Gemeinde zweckmäßig ist [118]. Der Aufsichtsbehörde ist damit in diesem Bereich die Möglichkeit gegeben, auch andere Gesichtspunkte als den der Gesetzmäßigkeit zur Grundlage ihrer Entscheidung zu machen [119].
Eine verfassungsgesetzliche Sanktionierung hat diese Form staatlicher Intervention lediglich in Baden-Württemberg gefunden. Hier kann nach Art. 75 Abs. 1 Satz 2 der Landesverfassung die Kommunalaufsicht für gewisse Fälle als Zweckmäßigkeitsaufsicht ausgestaltet werden [120]. Von dieser Ermächtigung hat der

---

114) Weber, Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, aaO S. 30.

115) Salzwedel, in Arch. f. KommW. Bd. 1 S. 203 ff.

116) Salzwedel, in Arch. f. KommW. Bd. 1 S. 206.

117) Kritisch zum Begriff der "res mixtae" äußert sich Hofmann, Genehmigungsvorbehalt und Kommunalaufsicht, in Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht, S. 84-85; er weist besonders auf die Schwierigkeiten hin, die sich bei der Frage der Zuordnung der Genehmigungsvorbehalte zu den "res mixtae" ergeben können. Vgl. hierzu auch: Pagenkopf, Juristenzeitung 1965 S. 511.

118) Seeberger, in Der Städtetag 1961 S. 535.

119) In Einzelfällen steht die Erteilung oder Versagung der Genehmigung nicht im Ermessen der Aufsichtsbehörde; sie muß erteilt werden, wenn die Voraussetzungen vorliegen; vgl. § 7 niedersGO.

120) Zur Begründung der Ansicht, daß es sich bei dem Tatbestandsmerkmal "geordnete Wirtschaftsführung" in Art. 75 Abs. 1 Satz 2 bad-württVerf nicht um ein Element der Zweckmäßigkeitskontrolle, sondern um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, vgl. Weber, Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, aaO S. 23; Hofmann, Genehmigungsvorbehalt und Kommunalaufsicht, aaO S. 85; Seeberger, in Der Städtetag 1961, S. 536.

Gesetzgeber Gebrauch gemacht [121]. Wesentlich problematischer ist die Situation dagegen in den übrigen Bundesländern, da diese die unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten geübte Kontrolle der gemeindlichen Tätigkeit ohne eine verfassungsgesetzliche Regelung vorsehen.

So steht in fast allen Ländern der Bundesrepublik der Verkauf oder Tausch von Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten [122], die Aufnahme von Darlehn und die Übernahme von Bürgschaften und Verpflichtungen aus Gewährsverträgen [123], die Umwandlung oder Aufhebung von Gemeindestiftungen [124], die Beteiligung an Unternehmen der Privatwirtschaft [125], unter Genehmigungsvorbehalt. In Nordrhein-Westfalen sind ferner die Satzungen für den Anschluß- und Benutzungszwang genehmigungspflichtig (§ 19 Satz 1 GONRW), ebenso nach der Gemeindeordnung für Rheinland-Pfalz (§ 23 Abs. 1). In Niedersachsen (§ 7 Abs. 2 GO) und Schleswig-Holstein (§ 4 Abs. 1 GO) bedürfen wie nach dem Recht vor 1933 die Hauptsatzungen der Genehmigung. In Schleswig-Holstein ist ferner für die Satzungen mit rückwirkender Kraft und für die, die einen Anschluß- und Benutzungszwang einführen, ein Genehmigungsvorbehalt festgelegt (§ 44 Abs. 1, 17 Abs. 2 GO). - In fast allen Ländern der Bundesrepublik gelten darüber hinaus im Anschluß an § 86 DGO zudem noch Genehmigungsvorbehalte für einzelne Bestimmungen der Haushaltssatzung, so auch für die Höhe der Steuersätze, den

---

121) Vgl. z.B. §§ 80 Abs. 4, 94 bad-württGO.

122) Vgl. § 64 GONRW; § 55 der Stadtverfassung für Bremerhaven; § 94 hessGO; § 84 niedersGO; § 72 rheinl-pfälzGO; § 78 schlesw-holstGO. In Baden-Württemberg ist allein die Veräußerung von Waldgrundstücken der Gemeinde genehmigungspflichtig (§ 80 Abs. 4 GO); im übrigen besteht eine Vorlagepflicht (§ 80 Abs. 3 GO). Nach Art. 63 bayrGO bedarf die Gemeinde nur dann der Genehmigung, wenn sie Sachen - dazu zählen auch Grundstücke - die einen besonderen wissenschaftlichen, geschichtlichen oder künstlerischen Wert haben, veräußern will.

123) Die Genehmigungsbedürftigkeit dieser Beschlüsse der Gemeinde gehörte - wie die der Grundstücksgeschäfte - immer schon zum allgemeinen deutschen Kommunalrecht. Sie ist im geltenden Recht ausnahmslos in allen Ländern der Bundesrepublik statuiert.

124) Im Anschluß an § 66 DGO haben mit Ausnahme Baden-Württembergs (hier nur Vorlagepflicht gem. § 84 Abs. 2 GO) alle Länder diese Maßnahme für genehmigungspflichtig erklärt.

125) Die Vorschrift der DGO - § 71 Satz 1 - kehrt mit Ausnahme von Hessen und Niedersachsen in allen Gemeindeordnungen wieder. In Baden-Württemberg besteht wiederum nur Vorlagepflicht, §§ 87, 91 GO.

Höchstbetrag der Kassenkredite [126] und für die Darlehnsaufnahme.
Dieser keineswegs erschöpfende Überblick läßt die Häufigkeit der im heutigen Gemeinderecht noch vorhandenen Genehmigungsvorbehalte zu Genüge erkennen. Im Hinblick auf die in allen Ländern der Bundesrepublik mit Ausnahme Baden-Württembergs verfassungsgesetzlich festgelegte Beschränkung der Kommunalaufsicht auf die Legalitätskontrolle stellt sich hier die bereits in der älteren Rechtslehre diskutierte Frage: Handelt es sich bei dem Genehmigungsrecht der Aufsichtsbehörden überhaupt um eine Ausdrucksform der Kommunalaufsicht ? Oder ist dieses Recht, wie im Schrifttum teilweise vertreten wird, als selbständiges Mitwirkungsrecht des Staates anzusehen, das nur aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Aufgabenbereich der Aufsichtsbehörden zugeordnet wurde ? Sieht man im Genehmigungsrecht ein echtes Mittel der Kommunalaufsicht, dann stellt sich als weiteres die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit derjenigen Bestimmungen, die die Rechtswirksamkeit gemeindlicher Akte an eine nach freiem Ermessen zu erteilende oder versagende Genehmigung der Aufsichtsbehörde binden. Im anderen Falle würden zwar diese Bestimmungen durch die landesverfassungsrechtliche Festlegung des Wirkungsgrades der Kommunalaufsicht nicht berührt; jedoch wäre dann eingehend zu untersuchen, ob ein selbständiges Mitwirkungsrecht des Staates mit Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG in Einklang gebracht werden könnte [127]. Ebenso bedürfte in diesem Falle das oben an Hand der gesetzlichen Grundlagen des Kommunalaufsichtsrechts gefundene Ergebnis, daß sich die Kommunalaufsicht auf die Wahrung der Gesetzmäßigkeit der Gemeindeverwaltung beschränke, keiner Revision.

a) Die Stellungnahme in der Rechtslehre zu der Frage der rechtlichen Zuordnung des Genehmigungsrechts ist nicht einheitlich.
Schon lange, bevor die Rechtsaufsicht verfassungsrechtlich verankert worden ist, sind Gierke [128] und Rosin [129] dieser damals theoretischen Frage nachgegangen und haben dabei die verschiedenen Standpunkte eingenommen, wie sie auch heute wieder vertreten werden.
Rosin hält den Genehmigungsvorbehalt wegen seiner rechtlichen Natur als Ermes-

126) Genehmigungsbedürftigkeit besteht in Bremerhaven (§ 72 der Stadtverfassung), Hessen (§ 117 GO), Niedersachsen (§ 110 GO), Nordrhein-Westfalen (§ 88 GO), Rheinland-Pfalz (§ 96 GO) und Schleswig-Holstein (§ 101 GO). In Baden-Württemberg (§ 97 GO) und Bayern (Art. 93 GO) bedürfen nur noch die Höchstbeträge der Kassenkredite u. U. der Genehmigung.

127) Zu dieser Frage vgl. etwa Masson, Gemeindeaufsicht, S. 46 ff.

128) Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 654.

129) Rosin, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, S. 116 ff.

sensentscheidung für ein "ausnahmsweises Attribut der Aufsichtsbehörden" und zählt ihn damit nicht zu den üblichen Aufsichtsmitteln, sondern sieht in ihm ein selbständiges staatliches Mitwirkungsrecht [130]. Dagegen wendet sich Gierke. Er weist darauf hin, daß die Aufsichtsbehörde auch schon dann zur Genehmigung verpflichtet sein könne, "sobald sie konstatiert, daß keine Rechtsschranken überschritten werden sollen" [131]. Er belegt seine Ansicht mit einer Reihe von Beispielen, u.a. die Genehmigung des Haushaltsplans der Gemeinden in Elsaß-Lothringen. Umgekehrt gebe es auch repressive Aufsichtsmittel, welche Zweckmäßigkeitserwägungen der Aufsichtsbehörde zuließen [132].
Dem Standpunkt Rosins folgen auch Laforet [133] und Heinemann [134]. Sie erkennen im Genehmigungsrecht einen Ausfluß der staatlichen Schutzgewalt, die infolge der ihr innewohnenden Einwirkung auf das gemeindliche Ermessen von der eigentlichen Kommunalaufsicht scharf getrennt werden müsse [135].
Diese Grundgedanken, die sich in der Rechtslehre der Gegenwart bei Beck [136] und ohne nähere Begründung auch bei verschiedenen anderen Autoren [137] wiederfinden, werden neuerdings vor allem von Hofmann [138] vertreten. Unter Berufung auf das Urteil des VerfGH Rheinland-Pfalz vom 5. Dezember 1950 [139] sieht er im Genehmigungsvorbehalt ein Mitwirkungsrecht des Staates gegenüber

---

130) Rosin, aaO S. 116.
131) Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 654 Note 2.
132) Die Aufhebung von Gemeindebeschlüssen nach älterem preußischem Recht; vgl. Städteordnung von 1853, §§ 57, 77.
133) In Laforet-v. Jahn-Schattenfroh, Kommentar zur bayerischen Gemeindeordnung vom 17.10.1927, S. 36; derselbe, Zur Frage der Staatsaufsicht nach neuem bayerischen Gemeinderecht, in Festschrift zur Feier des 50-jährigen Bestehens des Bayerischen VGH, S. 151 f.
134) Diss., S. 24 ff, insbesondere S. 27, 29.
135) Vgl. auch Woerner, Kommentar zur bayerischen Gemeindeordnung vom 17.10.1927, S. 445.
136) Diss., S. 45 ff.
137) Vogels, Die Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen, S. 151; Ebel-Emrich, Hessische Gemeindeordnung und Landkreisordnung, § 135 Anm. 4; Masson, Gemeindeaufsicht, S. 48; Buch, Die Hessische Gemeindeordnung und die Hessische Landkreisordnung, S. 18; Spreng-Birn-Feuchte, Kommentar zur Verfassung für Baden-Württemberg, Art. 75 Anm. 2; Hettlage, Der Gestalt- und Bedeutungswandel der gemeindlichen Selbstverwaltung, in Ordnung als Ziel, S. 120.
138) Hofmann, Genehmigungsvorbehalt und Kommunalaufsicht, aaO S. 81 ff.
139) In Verw.Rspr. Bd. 3 S. 529.

bestimmten Verwaltungsakten oder privatrechtlichen Rechtsgeschäften der Gemeinden, das selbständig neben der Kommunalaufsicht stehe [140]. Dafür, daß der Genehmigungsvorbehalt nicht als Teil der Kommunalaufsicht betrachtet werden könne, spreche auch Art. 117 bayrGO, der für die Erteilung der vorgeschriebenen Genehmigungen ausdrücklich die Rechtsaufsichtsbehörden für zuständig erkläre. Diese Regelung sei nicht erforderlich, wenn der Genehmigungsvorbehalt als Mittel der Kommunalaufsicht angesehen werden könne [141].
Demgegenüber nehmen die ältere [142] und neuere [143] Rechtslehre im Anschluß an Gierke überwiegend an, der Genehmigungsvorbehalt sei ein echtes Mittel der Kommunalaufsicht.
Insbesondere Gönnenwein widmet dem Problem eine ausführliche Betrachtung [144]. Die Genehmigungsvorbehalte seien in bisher fast allen Gemeindegesetzen als Mittel der Staatsaufsicht eingesetzt worden, was deren textliche Behandlung unter

---

140) Hofmann, Genehmigungsvorbehalt und Kommunalaufsicht, aaO S. 82; ähnlich auch Ipsen, in DÖV 1955 S. 229; Köttgen, Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber, S. 72 und 77; Helmreich-Widtmann, Bayerische Gemeindeordnung, Art. 109 Anm. V; Muntzke-Schlempp, Hessische Gemeindeordnung, § 11 Anm. I; Pagenkopf, aaO S. 227; Wolff, Verwaltungsrecht II, S. 81 und 155.

141) Hofmann, Genehmigungsvorbehalt und Kommunalaufsicht, aaO S. 85-86.

142) Friedrichs, in Verw. Arch. 1925 S. 74; W. Jellinek, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 533 ff; Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. 2 S. 395 ff; Preuß, Amtsrecht, S. 170; derselbe, in HWBKWiss. Bd. 3 S. 809; Peters, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen, S. 229; Stratmann, Die Staatsaufsicht über die Gemeinden nach der DGO, S. 68; v. Mangoldt, Diss., S. 58; Fröhler, Die Staatsaufsicht über die Handwerkskammern, S. 79 f.

143) Becker, in Die Neue Verwaltung 1949, S. 69; derselbe, in HKWPr. Bd. 1 S. 148; Bohley, in Der Bayr. Bürgermeister 1949 S. 266; Gönnenwein, Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht, aaO S. 527; derselbe, in ArchöR Bd. 74 (1948) S. 208; Salzmann-Schunck, Kommentar zum Selbstverwaltungsgesetz für Rheinland-Pfalz, § 117 GO Anm. 6; Schessmer, in DVBl 1948/49 S. 100; Schunck, in DÖV 1954 S. 93; Thoma, in Der Bayr. Bürgermeister 1949 S. 99; Miltner, Diss., S. 35 ff; Strauß, Diss., S. 40 ff; Köttgen, in HKWPr. Bd. 1 S. 219; Zuhorn-Hoppe, aaO S. 306; Brell, Gemeindeverfassungsrecht, S. 11.

144) Gönnenwein, Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht, aaO S. 518; derselbe, Gemeinderecht, S. 200 ff.

den Abschnitten "Aufsicht" oder "Mittel der Aufsicht" unter Beweis stelle. Schon hieraus könne ersehen werden, daß der Genehmigungsvorbehalt ein Aufsichtsmittel sei. Er weist in diesem Zusammenhang besonders auf die für die Entwicklung der Kommunalaufsicht so bedeutungsvolle Württembergische Gemeindeordnung vom 28.6.1906 hin, welche den Genehmigungsvorbehalt im 9. Abschnitt ("Aufsicht des Staates über die Gemeindeverwaltung") behandelt. In diesem Zusammenhang geht er auch auf die Textgestaltung der DGO ein, die den Genehmigungsvorbehalt nur "scheinbar" von der Staatsaufsicht gelöst habe [145].

Gegenüber dem herkömmlichen Meinungsstreit haben in jüngster Zeit Weber [146] und Salzwedel [147] neue Gedanken zur Einordnung des Genehmigungsvorbehalts entwickelt.

Weber [148] vertritt die Auffassung, der Genehmigungsvorbehalt könne sowohl echtes Mittel der Kommunalaufsicht als auch ein Mitwirkungsrecht des Staates sein. Wann der Genehmigungsvorbehalt als Mittel der Kommunalaufsicht oder als Mitwirkungsrecht anzusehen sei, richte sich danach, in welcher Weise der Staat tätig werde. Der Staat wende sich den Gemeinden in dreifacher Gestalt zu: einmal im reinen Staatsverwaltungsbereich; dort liege weder Aufsicht noch Mitwirkung, sondern staatliche Organisationsgewalt vor [149]. Zum andern in der Zone der "res mixtae" [150], in der seine Mitwirkung aus eigenem beteiligten Staatsinteresse sich der Willensbildung der Kommunen paritätisch beigselle. Zum dritten beanspruche der Staat gegenüber rein kommunalen Akten [151] eine vorbeugende kommunalaufsichtliche Beteiligung im Stile einer kontrollierenden Aufsicht [152].

---

145) Die Genehmigungsvorbehalte sind in der DGO nicht unter dem Abschnitt über die Aufsicht behandelt, sondern über das ganze Gesetz verstreut. Ähnlich heute die GONRW sowie die Gemeindeordnungen der übrigen Bundesländer.
Dem Standpunkt Gönnenweins folgen neuerdings auch Müller, in Verw. Arch. Bd. 54 S. 194 und Seeberger, in Der Städtetag 1961 S. 536.

146) Weber, Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, aaO S. 18 ff.

147) Salzwedel, in Arch.f.KommW. Bd. 1 S. 203 ff.

148) Weber vertrat früher die Auffassung, der Genehmigungsvorbehalt sei ein staatliches Mitwirkungsrecht (vgl. Weber, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, S. 44). Seine damaligen Überlegungen führt er insoweit berichtigend weiter.

149) Z.B. bei Akten der Grenzänderung, der Verschmelzung und Neubildung von Gemeinden.

150) Zum Begriff der "res mixtae" vgl. oben S. 21.

151) Z.B. bei Grundstücksveräußerungen, Schenkungen, Aufhebung von Stiftungen.

152) Weber, Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, aaO S. 27.

Einen ähnlichen Standpunkt nimmt Salzwedel ein. Nach seiner Ansicht zerfallen die Genehmigungsvorbehalte in zwei Gruppen. Betrachte der Gesetzgeber die genehmigungsbedürftige Entscheidung [153] als wesensmäßig staatlich-hoheitlich [154], sei die Genehmigung Sanktion; die Genehmigungsbehörde schöpfe hier einen echten staatlichen Entscheidungsanteil gegenüber dem Selbstverwaltungskörper aus. Handele es sich dagegen bei der genehmigungsbedürftigen Maßnahme um eine echte Selbstverwaltungsangelegenheit [155], eröffne der Genehmigungsvorbehalt nur eine maßstabgebundene Kontrolle; hier sei die Genehmigung als bloßes Unbedenklichkeitszeugnis anzusehen [156]. Obwohl Salzwedel es nicht eindeutig ausführt, ergibt sich aus seinen Ausführungen insgesamt, daß er die Sanktion als Mitwirkungsrecht, das Unbedenklichkeitszeugnis dagegen als Mittel der Kommunalaufsicht auffaßt [157].

b) Die Rechtsprechung hat sich mit dem Problem unmittelbar noch nicht befaßt. In einigen Entscheidungen wird die Frage lediglich am Rande behandelt. Während das OVG Lüneburg in einem Urteil vom 20.6.1951 [158] und das LVG Koblenz [159] den Genehmigungsvorbehalt ohne nähere Begründung zu den Mitteln der Staatsaufsicht zählen [160], nehmen der VerfGH Rheinland-Pfalz [161] und der Bayerische VGH [162] zu der Frage etwas ausführlicher Stellung.

Der VerfGH Rheinland-Pfalz ist der Ansicht, der Genehmigungsvorbehalt gehöre nur im weiteren Sinne zu den Aufsichtsmitteln; er sei kein "übliches Mittel" der Kommunalaufsicht. "Denn während sich die zuerst genannten Mittel [163], richtig gehandhabt, auf die Rechtskontrolle der Gemeinden und Gemeindeverbände im Sinne des Art. 49 Abs. 3 Satz 2 der Verfassung von Rheinland-Pfalz beschränken, ragt die Erteilung oder Versagung einer im Gesetz vorgesehenen Genehmi-

---

153) Z.B. bei Gebietsänderungsverträgen.

154) Diesen Bereich bezeichnet Weber, Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, aaO S. 25, als Zone der "res mixtae".

155) Z.B. die Bestätigung der Vorstandsmitglieder der Sparkassen in Nordrhein-Westfalen gem. § 19 Abs. 2 Satz 2 des Sparkassengesetzes vom 7.1.1958 durch den Regierungspräsidenten.

156) Salzwedel, in Verw.Arch. Bd. 1 S. 206.

157) Weber, Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, aaO S. 25 und 27.

158) Veröffentlicht in Der Städtetag 1952 S. 400.

159) In Der öffentliche Dienst 1950 S. 38.

160) Das Urteil des LVG Koblenz wurde durch das in Anm. 161 genannte Urteil des VerfGH Rheinland-Pfalz aufgehoben.

161) Verw.Rspr. Bd. 3 S. 529.

162) BayrVGHE Bd. 7 S. 139.

163) Gemeint sind die allgemeinen (repressiven) Aufsichtsmittel.

gung, Zustimmung oder Bestätigung in der Regel zwangsläufig in die Ermessenssphäre hinein" [164].

Auch der Bayerische VGH hat den Genehmigungsvorbehalt als ein "echtes Mitwirkungsrecht des Staates" [165] angesehen. "Auf die Erteilung der Genehmigung - nach § 18 DGO - hat die Gemeinde, auch nach der rechtsstaatlichen Neuordnung, selbst dann keinen Anspruch, wenn die materiellen Voraussetzungen des Gesetzes für die Erteilung der Genehmigung gegeben sind, vielmehr ist in einem solchen Falle die Erteilung der Genehmigung in das pflichtgemäße Ermessen der Aufsichtsbehörde gestellt. Denn bei den gesetzlichen Genehmigungsvorbehalten handelt es sich um ein Mitwirkungsrecht des Staates [166], das das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden in gesetzmäßiger Weise einschränkt und bei dessen Ausübung die staatlichen Behörden nach freiem, wenn auch pflichtgemäßem Ermessen entscheiden" [167].

c) Die Genehmigung stellt ohne Zweifel einen Fall von Kommunalaufsicht dar, auch wenn die Erteilung oder Versagung im Ermessen der Aufsichtsbehörde liegt [168]. Die gegenteilige Ansicht vermag nicht zu überzeugen.

Es fragt sich zunächst, ob die Aufsichtsbehörden mit der Genehmigung Aufsicht ausüben oder ob sie zusammen mit der Gemeinde an deren Selbstverwaltungstätigkeit teilnehmen. Zwar wird eine staatliche Teilnahme an den Selbstverwaltungsangelegenheiten nirgends deutlich ausgesprochen, doch deuten in diese Richtung zumindest die Ausdrücke "staatlich-kommunales Kondominium" [169], "Teilhaber der kommunalen Verwaltung" [170], "freier Partner" [171] und nicht

---

164) Unter Berufung auf W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 533; Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 119.
Es ist verfehlt, Jellinek und Fleiner zur Begründung heranzuziehen, weil es zu ihrer Zeit die Frage einer Reduzierung des Genehmigungsvorbehalts auf reine Rechtskontrolle mangels einer entsprechenden Verfassungsbestimmung nicht geben konnte.

165) aaO.

166) Ähnlich VG Kassel in DÖV 1953 S. 702 f; VG Münster, in Verw. Rspr. Bd. 7 S. 584 und OVG Münster, in Verw. Rspr. Bd. 7 S. 717.

167) aaO.

168) Vgl. die in Anm. 123, 124, 127, 128 zitierte Rechtslehre und Rechtsprechung.

169) Weber, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, S. 44.

170) Zuhorn, Probleme der Kommunalaufsicht gesehen von der Selbstverwaltung, in Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 4 S. 264.

171) Buch, aaO S. 18.

zuletzt das mißverständliche Wort "Mitwirkungsrecht" [172].

Der Genehmigungsvorbehalt als Rechtsvorschrift gibt der Aufsichtsbehörde die Befugnis, einem Akt der Selbstverwaltungskörperschaft die Genehmigung zu erteilen oder zu versagen. Dieser Akt der Selbstverwaltungskörperschaft erhalt seine Rechtsgültigkeit erst mit der erteilten Genehmigung [173]. Die Entschließung der Gemeinde und die Genehmigung müssen also zusammentreffen. Wesentlich ist dabei, daß die Ausgestaltung der zu genehmigenden Maßnahme ausschließlich bei der Gemeinde liegt. Der Aufsichtsbehörde wird eine bereits getroffene Entscheidung vorgelegt; an deren Inhalt kann sie nichts ändern.

Auch die "Initiative des körperschaftlichen Willens bleibt unberührt" [174]. In der Praxis mag es zwar gelegentlich vorkommen, daß Gemeinde- und Aufsichtsbehörde eine zu genehmigende Maßnahme gemeinsam besprechen, bis eine von beiden Seiten gebilligte Losung gefunden wird. Von dieser Sachlage her kann indessen das Problem nicht beantwortet werden. Denn rechtlich hat die Genehmigung keinen Einfluß auf den Inhalt der zu genehmigenden Maßnahme. Die Aufsichtsbehörde kann die Gemeinde nicht veranlassen, eine genehmigungsbedürftige Maßnahme vorzunehmen. Diese bleibt immer eine "Körperschaftshandlung" der Gemeinde [175].

Zutreffend wird von Gierke das Erfordernis der Genehmigung so charakterisiert, daß die körperschaftliche Willensentschließung durch die staatliche Genehmigung erganzt wird [176]. Der vielfach gebrauchte Ausdruck "Mitwirkungsrecht" oder ähnliche Bezeichnungen geben demgegenüber den Anschein, als ob die Aufsichtsbehörde ein Recht zur Mitverwaltung habe [177]. Wenn das so ware, dann müßte die Vereinbarkeit der Genehmigungsvorbehalte mit dem den Gemeinden verfassungsrechtlich garantierten Selbstverwaltungsrecht in Frage gestellt wer-

---

172) Gönnenwein, Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht, aaO S. 518: "Die Unterscheidung von staatlichem Mitwirkungsrecht und staatlichem Aufsichtsrecht ist durch die Textgestaltung der DGO begünstigt worden".

173) Forsthoff, Lehrbuch, S. 193; Maull, aaO S. 34; Anschütz, in JW 1916 S. 1149.

174) Rosin, aaO S. 116.

175) Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 721; Hatscheck, Deutsches und Preußisches Staatsrecht, Bd. 1 S. 129.

176) Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 670.

177) In einem Urteil des Staatsgerichtshofs von Baden-Württemberg vom 24.3.1956 - bad-württStA. vom 28.5.1956 - heißt es: ".... denn durch die Genehmigung wird nichts daran geändert, daß der Beschluß begrifflich ein Akt der Gemeinde ist und bleibt."

den [178]. Die "Mitwirkung" am Gemeindebeschluß besteht deshalb allein darin, daß die den Staat verkörpernde Aufsichtsbehörde dem noch schwebend unwirksamen Beschluß lediglich seine rechtliche Wirksamkeit verleiht.
Schon aus diesen Gründen kann man von echter Mitwirkung des Staates an den Selbstverwaltungsangelegenheiten der Gemeinden nicht sprechen [179].
Allein es kommt noch ein anderes hinzu.
Bereits Gierke [180] hat darauf hingewiesen, daß die Genehmigungsbedürftigkeit verschiedener Gemeindebeschlüsse nicht nur zum Schutze der Gemeinde, sondern auch unter dem Gesichtspunkt der "salus publica" statuiert wurde. Dagegen spricht nicht, daß sich das klassische Gebiet des Genehmigungsvorbehalts im Wirtschaftsrecht der Gemeinden befindet. Die Interessen der im Staat zusammengefaßten Allgemeinheit werden durch eine selbstsüchtige und unüberlegte Wirtschaftsgebahrung der Gemeinde ebenso beeinträchtigt wie die der örtlichen Gemeinschaft. Eine geordnete und gesunde Wirtschaftsführung ist das Fundament der Selbstverwaltung überhaupt und damit auch die Vorbedingung für die gesetzmäßige Erfüllung ihrer Aufgaben. Das Genehmigungsrecht wurzelt somit nicht nur in dem Gedanken eines staatlichen Schutzes der Gemeinden vor Mißwirtschaft ihrer Organwalter, sondern auch in dem des Schutzes des Staates vor der Selbstsucht der Gemeinden. Damit liegt diese Form kommunalaufsichtlicher Betätigung im Rahmen der allgemeinen Zielsetzung der Aufsicht des Staates über die Gemeinde und erscheint als deren Ausfluß. Eine ähnliche Auffassung lassen bereits die Städte- und Landgemeindeordnungen des 19. und der ersten Jahrzehnte des 20. Jahrhunderts erkennen, wenn sie das Genehmigungs- und Bestätigungsrecht als Teil der allgemeinen Aufsichtsbefugnis des Staates unter die Mittel der Staatsaufsicht einreihen [181].
Stellt sich das Genehmigungsrecht als Ausdrucksform und Einzelerscheinung der umfassenden allgemeinen Aufsichtsbefugnis des Staates dar, dann geht auch der Einwand fehl, die Genehmigung sei wegen ihrer Natur als Ermessensentscheidung

---

178) Urteil des Staatsgerichtshofes von Baden-Württemberg aaO: "Würde das staatliche Mitwirkungsrecht als Mitbestimmung in vollem Umfang gedacht, so müßte die Vereinbarkeit eines solchen weitgehenden Mitwirkungsrechtes mit Sinn und Zweck der in Art. 71 Abs. 1 u. 2 der Landesverfassung über die Selbstverwaltung ausgesprochenen Grundsätze bezweifelt werden."

179) Darüber, daß der Staat durch das Genehmigungsrecht wenigstens mittelbar auf die Pläne und Zielsetzung der Gemeinden Einfluß ausübt, wird freilich noch zu sprechen sein.

180) Deutsches Genossenschaftsrecht, S. 103.

181) Heffter, Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert, S. 91 f, 214, 700 ff.

mit dem Wesen der auf eine Rechtskontrolle beschränkten Kommunalaufsicht nicht vereinbar. Von den Vertretern dieser Auffassung wird offenbar übersehen, daß die Existenz oder Nichtexistenz eines Ermessensspielraums lediglich für die Beurteilung der Frage nach der Intensität der Kommunalaufsicht von Bedeutung ist, nicht aber für deren Wesen.

Gegen die hier vertretene Ansicht von der inneren Zugehörigkeit des Genehmigungsrechts zur Kommunalaufsicht spricht auch nicht, daß dieses Recht eine den übrigen Befugnissen der Kommunalaufsichtsbehörde vergleichbare Festlegung im Abschnitt "Aufsicht" der Gemeindeordnungen nicht gefunden hat. Immerhin enthalten im Gegensatz zur DGO [182] einige Gemeindeordnungen der heutigen Zeit im Abschnitt "Aufsicht" eine grundsätzliche Vorschrift über den Genehmigungsvorbehalt [183].

Wird dadurch, wenn auch in beschränktem Umfange, die hier vertretene Auffassung bestätigt, so wird diese weiter gestützt durch die verfassungsgesetzliche Regelung der Kommunalaufsicht in Baden-Württemberg. Wie die Verfassungen der anderen Bundesländer stellt auch zunächst diejenige von Baden-Württemberg in Art. 75 Abs. 1 S. 1 als Grundsatz die Beschränkung der Kommunalaufsicht auf die Überwachung der Gesetzmäßigkeit heraus. Sie läßt jedoch in Satz 2 derselben Vorschrift ausdrücklich Ausnahmen von diesem Grundsatz zu [184]: "Durch Gesetz kann bestimmt werden, daß die Übernahme von Schuldverpflichtungen und Gewahrschaften sowie die Veräußerung von Vermögen von der Zustimmung der mit der Überwachung betrauten Staatsbehörde abhangig gemacht werden und daß diese Zustimmung unter dem Gesichtspunkt einer geordneten Wirtschaftsführung erteilt oder versagt werden kann". Damit ist dem Gesetzgeber für die genannten Fälle die Möglichkeit gegeben, die Kommunalaufsicht als Zweckmäßigkeitsaufsicht auszugestalten. Darüber hinaus wird hier das Genehmigungsrecht eindeutig als Teil der Kommunalaufsicht behandelt. Auch die neuesten Versuche von Weber und Salzwedel, durch die Bildung von Gruppen den Meinungsstreit zu lösen, vermögen nicht zu überzeugen. Abgesehen von den Schwierigkeiten, die in der Zuordnung der Genehmigungsvorbehalte zu der einen oder anderen Gruppe liegen können, ergibt sich die Gruppenbildung nicht aus den gesetzlichen Bestimmungen

---

182) Gönnenwein, Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht, aaO S. 518, erklärt das Fehlen einer derartigen Bestimmung im Abschnitt "Aufsicht" der DGO damit, daß das Aufsichtsrecht im Hinblick auf den Totalitätsanspruch des Staates nicht mehr rechtsstaatlich durchdacht gewesen sei.

183) Vgl. Art. 117 bayrGO; §§ 143, 144 hessGO; § 133 niedersGO; § 119 rheinl-pfälzGO.

184) a. A. Spreng-Birn-Feuchte, aaO S. 257.

selbst, sondern wird in sie hineingelegt [185]. Darüber hinaus sollen die Einteilungen in erster Linie dazu dienen, den Ermessensspielraum von Staat und Gemeinde gegeneinander abzugrenzen [186]. Der Umfang der Ermessenssphäre ist aber lediglich für das Maß der Kommunalaufsicht, nicht jedoch für deren Wesen von Bedeutung.

2. Als Ergebnis kann demnach festgestellt werden, daß der Genehmigungsvorbehalt als Mittel der Kommunalaufsicht anzusehen ist.
Damit aber stellt sich die Frage, ob trotz der auf Legalitätskontrolle beschränkten Kommunalaufsicht in den Ländern außer Baden-Württemberg das Genehmigungsrecht unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten gehandhabt werden kann oder ob ein Genehmigungsvorbehalt in dieser Form als verfassungswidrig zu gelten hat.

3. a) In der Rechtslehre, die sich anfänglich mit der Verfassungsmäßigkeit des Genehmigungsvorbehalts befaßt hat, ist die Frage in ihrer vollen Problematik nicht immer erkannt worden, noch seltener aber wurde sie aufgegriffen und eingehend erörtert [187]. Wo die Möglichkeit der Divergenz zwischen Verfassungssatz und Genehmigungsvorbehalt gesehen und dazu Stellung genommen wurde, hat die Mehrzahl der Verfasser das unbestreitbare Bedürfnis des Staates, in besonders wichtigen Angelegenheiten vermögensrechtlicher und finanzieller Art eine Zweckmäßigkeitskontrolle üben zu können, zum Auslegungsmittel der Verfassung gemacht und die Verfassungsmäßigkeit der Genehmigungsvorbehalte entweder mit der in Wahrheit nicht gegebenen selbständigen Natur des Genehmigungsrechts [188] oder mit dem Hinweis begründet, der Verfassungssatz beziehe sich allein auf die repressiven, nicht aber auf die präventiven Maßnahmen der Aufsichtsbehörden [189].
Eine ausführlichere Betrachtung fand das Problem nur bei einigen Autoren.
Becker [190], Gönnenwein [191], Salzmann-Schunck [192],

---

185) Hofmann, Genehmigungsvorbehalt und Kommunalaufsicht, aaO S. 85.
186) Vgl. Weber, Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, aaO S. 28-30 und Salzwedel, in Arch. f. KommW. Bd. 1 S. 206, 215 ff.
187) Vgl. hierzu und zum folgenden: Gönnenwein, Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht, aaO S. 517 ff.
188) Vogels aaO S. 151; Beck, Diss., S. 44.
189) Althaus, Das Recht der Gemeinden und Gemeindeverbände in den vormals preußischen Ländern, S. 189; Weber, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, S. 44; Buch, aaO S. 6.
190) in HKWPr. Bd. 1 S. 148.
191) Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht, aaO S. 527; Gemeinderecht, S. 200 f.
192) aaO § 117 GO Anm. 6.

Miltner [193] und Scholl [194] kamen dabei übereinstimmend zu dem Ergebnis, daß die eine Zweckmäßigkeitskontrolle ermöglichenden Genehmigungsvorbehalte mit den Verfassungssätzen von der Beschränkung der Kommunalaufsicht auf die Legalitätskontrolle nicht in Einklang zu bringen sind [195].

Erst in jüngster Zeit wird die Verfassungsmäßigkeit des Genehmigungsvorbehalts eingehender erörtert und darüberhinaus auch versucht, praktikable Lösungen zu finden. Seeberger meint, aus dem Wortlaut der einzelnen Verfassungsbestimmungen, die eine Begrenzung der Staatsaufsicht auf die Rechtskontrolle enthielten, ergebe sich nicht, daß die bisher bestehenden Genehmigungsvorbehalte außer Kraft gesetzt seien. Um der Verpflichtung zur Verwirklichung der Rechtsaufsicht Folge zu leisten, genüge es, die Handhabung des Genehmigungsrechts einzuschränken; die Genehmigung sei nicht mehr - wie bisher - nach freiem Ermessen zu erteilen oder zu versagen, sondern das Recht der Verweigerung der Genehmigung sei darauf begrenzt, daß die zu genehmigende Maßnahme eine Gesetzesverletzung enthalte [196]. - Dieser Auffassung widerspricht Müller mit ausführlicher Begründung [197]. Zwar seien mit der verfassungskräftigen Beschränkung der Kommunalaufsicht auf die Rechtsaufsicht all jene Genehmigungsvorbehalte vereinbar, die entweder Auftragsangelegenheiten oder Pflichtaufgaben nach Weisung betrafen [198], die ihrem Gehalt nach oder doch bei entsprechender Handhabung ein Mittel der Rechtsaufsicht darstellten [199], die durch einen verfassungsinternen Gegenvorbehalt gedeckt würden [200] oder auf freiwilliger Gewährung durch die Gemeinden beruhten [201]. Alle anderen ermessensförmigen Genehmigungsvorbehalte dagegen seien verfassungsrechtlich unzulässig, da die Kommunalaufsicht und damit auch der Genehmigungsvorbehalt als eines ihrer Mittel eindeutig auf die Rechtskontrolle festgelegt sei. - Auf Grund ihrer Gruppen-

---

193) Diss., S. 41.

194) Diss., S. 142 ff.

195) Gfrörer, in DÖV 1955 S. 496, will unterscheiden: der Genehmigungsvorbehalt sei verfassungsrechtlich unbedenklich, sofern die Genehmigung ausschließlich den Zweck habe, eine Rechtskontrolle auszuüben; erstrecke sich der Genehmigungsvorbehalt dagegen auf die Prüfung der Zweckmäßigkeit, so sei er verfassungswidrig.

196) Seeberger, in Der Städtetag 1961 S. 537.

197) Müller, in Verw. Arch. Bd. 54 S. 177 ff.

198) Müller, aaO S. 171 f.

199) Müller, aaO S. 172-173.

200) Müller, aaO S. 175 unter Hinweis auf Art. 75 Abs. 2 bad-württVerf.

201) Müller, aaO S. 175 unter Hinweis auf die Stadtverfassung der Stadt Bremerhaven vom 4. 11. 1947 (Brem. GVBl. S. 291), die dem Senat der Freien Hansestadt Bremen zahlreiche, nicht an rechtliche Voraussetzungen gebundene Genehmigungsvorbehalte eingeräumt hat.

bildung gelangen Weber und Salzwedel zu anderen Lösungsvorschlägen. Da nach ihrer Auffassung im Bereich der "res mixtae" die Aufsichtsbehörden nicht eine von Zweckmäßigkeitserwägungen getragene Aufsichtsentscheidung treffen, sondern dem kommunalen Partner gleichsam paritätisch in der Bewirkung eines Vorgangs begegnen, der zugleich der kommunalen und der staatlichen Verantwortungssphäre angehört, halten sie in der Zone der "res mixtae" den Genehmigungsvorbehalt für verfassungsrechtlich unbedenklich [202]. Handele es sich dagegen um echte Vorgänge der kommunalen Selbstverwaltung, bei denen der Aufsichtsbehörde die Genehmigungsbefugnis nur im Sinne der vorbeugenden Kontrolle anvertraut sei, müsse die Sonderaufsicht gemäß dem verfassungsrechtlichen Gebot insoweit auf die reine Rechtskontrolle beschränkt werden. Denn es sei widersprüchlich, wenn man für die allgemeine (repressive) Staatsaufsicht den Maßstab der Rechtskontrolle entschieden fordere, ihn in demselben Selbstverwaltungsbereich für die Mittel der präventiven Aufsicht oder Sonderaufsicht aber beiseiteschiebe [203].
Dagegen vertritt Hofmann den Standpunkt, daß eine Beschränkung des Genehmigungsvorbehalts auf reine Rechtskontrolle aus der historischen Betrachtung der deutschen Selbstverwaltung abzulehnen sei. Im übrigen habe der Staat durch die Verflechtung seiner überörtlichen Interessen mit den örtlichen Belangen der Gemeinden einen klaren Anspruch auf Mitwirkung gegenüber den Gemeinden. "Diese Mitwirkungsrechte sind eine Realität. Wer als Partner zur Mitwirkung berufen ist, kann nicht auf lupenreine Rechtskontrolle beschränkt sein" [204].

b) Ähnlich wie in der Rechtslehre sind auch die Auffassungen in der Rechtsprechung geteilt. Der Verfassungsgerichtshof für Rheinland-Pfalz bejaht die Verfassungsmäßigkeit mit der selbständigen Natur des Genehmigungsrechts [205]. Im übrigen sei das Selbstverwaltungsgesetz relativ bald nach der Verfassung von im wesentlichen der gleichen Volksvertretung beraten und verabschiedet worden, so daß man das Selbstverwaltungsrecht als authentische Interpretation des Willens des Verfassungsgesetzgebers betrachten und den Rückschluß ziehen könne, daß an der traditionellen Genehmigungspflicht nichts habe geändert werden sollen [206].
Eine im Ergebnis gleiche Auffassung vertritt auch das Verwaltungsgericht Kassel in seinem Urteil vom 11. März 1952 [207]. Es stützt seine Entscheidung auf die

---

202) Weber, Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, aaO S. 30; Salzwedel, in Arch. f. KommW. Bd. 1 S. 206.
203) Weber, Kommunalaufsicht als Verfassungsproblem, aaO S. 28; im Ergebnis ebenso Salzwedel aaO.
204) Hofmann, Genehmigungsvorbehalt und Kommunalaufsicht, aaO S. 86; im Ergebnis ebenso Wolff, Verwaltungsrecht II, S. 161.
205) Verw. Rspr. Bd. 3 S. 529 ff.
206) aaO S. 531.
207) in DÖV 1953 S. 702 f.

Erwägung, daß die in Frage stehende Gemeindeordnung für Hessen vom 21. Dezember 1945 [208] älteren Datums als die Verfassung des Landes sei. Nach Meinung des Gerichts folgt daraus, daß die Verfassung die Selbstverwaltung nur in dem Umfang gewährleistet, in der sie den Gemeinden bei Inkrafttreten der Verfassung zustand. Die Kommunalaufsicht beschränke sich daher "nur in der Regel" auf eine Rechtskontrolle [209].

Das OVG Lüneburg lehnt dagegen die Verfassungsmäßigkeit der in das freie Ermessen der Aufsichtsbehörde gestellten Genehmigung ab [210]. Es vertritt die Auffassung, ein Genehmigungsrecht, das die Genehmigung dem freien Ermessen der Aufsichtsbehörde überlasse, ohne ihr eine rechtliche Bindung aufzuerlegen, sei mit dem Verfassungssatz von der Beschränkung der Kommunalaufsicht auf eine reine Rechtskontrolle nicht zu vereinbaren.

Diesem Erkenntnis hat sich auch der VGH Stuttgart in seinem Urteil vom 3.1. 1956 im Ergebnis angeschlossen [211]. Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht in einem Beschluß vom 2. Dezember 1958 [212] den Bestätigungsvorbehalt [213] für Oberkreisdirektoren in Nordrhein-Westfalen (§§ 54, 38 LKO) als verfassungsgemäß anerkannt. Wenn Bestimmungen, so heißt es in dieser Entscheidung [214], für die Wahl eines leitenden Kommunalbeamten, der zugleich Träger eines Staatsamtes sei, die Bestätigung durch die Landesregierung erforderten, so gehörten sie zu dem Normenkomplex, der den historisch gewordenen Begriff der Selbstverwaltung ausmache. Da die verfassungsrechtliche Garantie des Art. 28 Abs. 2 GG eine Regelung nicht ausschließe, die auf Grund der geschichtlichen Entwicklung des Kommunalrechts als mit dem Wesen der Selbstverwaltung vereinbar anzusehen sei, handele es sich hiernach auch bei dem Bestätigungsvorbehalt für Oberkreisdirektoren um eine zulässige Einflußnahme des Staates auf die Personalverhältnisse eines Kreises [215].

c) Die eine Zweckmäßigkeitskontrolle ermöglichenden Genehmigungsvorbehalte stehen mit den Verfassungssätzen von der Beschränkung der Kommunalauf-

---

208) GVBl. 1946 S. 1; sie ist inzwischen durch die GO vom 25.2.1952 (GVBl. S. 11) in der Fassung des Gesetzes vom 10.7.1953 (GVBl. S. 124) und vom 6.7.1954 (GVBl. S. 117) ersetzt worden.

209) aaO.

210) Der Städtetag 1951 S. 400.

211) Abgedruckt in Bad.-Württ. Verwaltungsblatt-Landesbeilage zur DÖV 1956 S. 15.

212) BVerfGE Bd. 8 S. 332 ff.

213) Vgl. oben S. 19 Anm. 99.

214) aaO S. 359 f.

215) Ähnlich VerfGH NRW, in Verw.Rspr. Bd. 7 S. 584.

sicht auf eine Rechtskontrolle nicht im Einklang. Die entgegenstehenden Ansichten vermögen nicht zu überzeugen. Ihnen ist entgegenzuhalten, daß die Verfassungen der Länder die Kommunalaufsicht eindeutig auf eine Rechtskontrolle beschränken. Diese Tatsache wird nicht genügend beachtet. Abgesehen davon, daß das Verwaltungsgericht Kassel den Grundsatz unbeachtet läßt, daß ein späteres Gesetz ein früheres, widersprechendes außer Kraft setzt [216], sind auch die subjektiven Vorstellungen des Verfassungsgebers, auf die der Verfassungsgerichtshof von Rheinland-Pfalz seine Ansicht stützt, nicht relevant. Zunächst "maßgebend für die Auslegung einer Rechtsnorm ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektive Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut und dem Sinnzusammenhang ergibt" [217]. Weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinnzusammenhang können jedoch Anhaltspunkte dafür entnommen werden, daß das Genehmigungsrecht in seiner überkommenen Ausgestaltung von den genannten Verfassungsnormen nicht berücksichtigt werde oder diese nur für die repressiven Aufsichtsmaßnahmen Bedeutung haben sollten. "Wo die Landesverfassungen von der Aufsicht des Staates reden, ist diese Aufsicht als einheitliches Rechtsinstitut gedacht, in dem alle Mittel der Aufsicht zusammengefaßt sind" [218]. Wollten die Verfassungsgeber die kommunalrechtliche Tradition der Genehmigungsvorbehalte unkorrigiert lassen, so hätten sie, ähnlich der Regelung in Baden-Württemberg, einen entsprechenden Vorbehalt in die Verfassungen aufnehmen müssen.
Auch die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts vermag nicht zu überzeugen. Es ist zwar zutreffend, daß der Begriff der Selbstverwaltung historisch ausgelegt werden muß. Denn ein Rechtsbegriff wie der der Selbstverwaltung, den die Verfassung nicht selbst schafft, sondern vorfindet [219], kann mangels einer Legaldefinition - die Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG nicht enthält [220] - nur nach Maßgabe seiner geschichtlichen Entwicklung und seines überkommenen Gehalts interpretiert werden [221]. Die historische Auslegung eines Begriffs kann jedoch, da sie lediglich Hilfsmittel ist, selbst nur so weit gehen und daher auch die mit dem auszulegenden Gegenstand in Zusammenhang stehenden Begriffe nur insofern erfassen, als nicht für diese Begriffe besondere Auslegungsregeln bestehen oder in-

---

216) Vgl. auch Schunck, in DÖV 1954 S. 93; Schäfer, in DVBl 1954 S. 710.
217) BVerfG in NJW 1952 S. 737; vgl. auch BGHZ in NJW 1951 S. 369.
218) Gönnenwein, Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht, aaO S. 526.
219) Hamann, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 28 Anm. 5.
220) Müller, in Verw.Arch. Bd. 54 S. 182.
221) BVerfGE Bd. 1 S. 178; Bd. 7 S. 364; VerfGH NRW, Verw.Rspr. Bd. 7 S. 584; Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 28 Anm. 30; v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 28 Anm. IV 1 c; Köttgen, in HKWPr. Bd. 1 S. 221; Müller, in Verw.Arch. Bd. 54 S. 182.

soweit eine Auslegung überhaupt unnötig ist [222]. Das gilt insbesondere für die Begriffe Selbstverwaltung und Kommunalaufsicht. Zwar hat der Normenkomplex, der den historisch gewordenen Begriff der Selbstverwaltung ausmacht, auch für den Begriff der Kommunalaufsicht seine Bedeutung, da beide Rechtsfiguren korrespondieren [223]. Das Bundesverfassungsgericht verkennt jedoch, daß die historische Interpretation des Begriffs Selbstverwaltung dort alle Bedeutung verliert, wo der Begriff Kommunalaufsicht einer abweichenden Interpretationsregelung folgt. Die landesverfassungsrechtliche Beschränkung der Kommunalaufsicht auf die Rechtskontrolle ist aber im Hinblick auf den zulässigen Maßstab der Aufsicht eindeutig. "Interpretation ist hier, soll nicht das Auslegen zum Unterlegen führen, nicht möglich. Die historische Interpretation des Selbstverwaltungsbegriffs vermag daher den Begriff der Aufsicht nicht zu erfassen" [224]. Selbst wenn man daher mit dem Bundesverfassungsgericht davon ausgeht, daß Art. 28 Abs. 2 GG lediglich die kommunale Selbstverwaltung, wie sie sich nach ihrer geschichtlichen Entwicklung darstellt - also als einen vorhandenen Bestand -, garantiert, nimmt der Begriff der Aufsicht an dieser Bestandsbezogenheit nicht teil. Daher kann die Zulässigkeit von ermessensförmigen Genehmigungsvorbehalten als Mittel der Aufsicht nicht durch eine historische, bestandsbezogene Interpretation gerechtfertigt werden [225].

d) Als Ergebnis kann demnach vorläufig festgestellt werden:
Die eine Zweckmäßigkeitskontrolle ermöglichenden Genehmigungsvorbehalte stehen mit den Verfassungssätzen, die die Kommunalaufsicht auf eine Rechtskontrolle beschränken, in Widerspruch. Die notwendige Folgerung aus diesem Ergebnis wäre die, daß die Genehmigungsvorbehalte lediglich noch im Sinne einer Legalitätskontrolle gehandhabt werden könnten [226], die Ermessenssphäre der Gemeinden also in vollem Umfange gewährleistet bliebe. Damit wäre die Forderung nach völliger kommunaler Ermessensfreiheit erfüllt [227].
Gleichwohl bleibt die an sich verfassungsmäßig garantierte freie Ermessenssphäre der Gemeinden in keinem Land der Bundesrepublik von Aufsichtseingriffen unbe-

---

222) Müller, in Verw. Arch. Bd. 54 S. 196.
223) Gönnenwein, Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht, aaO S. 511.
224) Müller, in Verw. Arch. Bd. 54 S. 196.
225) Müller aaO.
226) so Becker, in HKWPr. Bd. 1 S. 148; Schessmer, in DVBl 1948/49 S. 100; Gönnenwein, Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht, aaO S. 527; derselbe, Gemeinderecht, S. 201; Salzmann-Schunck, aaO § 117 GO Anm. 6, Thoma, in Der Bayr. Bürgermeister 1949 S. 92; Seeberger, in Der Städtetag 1961 S. 537.
227) Egg v. Tuegg in DÖV 1951 S. 579; Pünder, Die Gemeinden, S. 25.

rührt. Denn die Genehmigungsvorbehalte gestatten ja in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung Zweckmäßigkeitserwägungen der Aufsichtsbehörden [228], die in der praktischen Aufsichtstätigkeit auch nach wie vor angestellt und von den Verwaltungsgerichten wenigstens teilweise gedeckt werden [229].

Diese, vom rechtlichen Standpunkt aus betrachtet, widersprüchlichen Verhältnisse in der geltenden Kommunalgesetzgebung zwingen zu der rechtspolitischen Untersuchung, welche Wege beschritten werden müssen, um eine klare Regelung zu erreichen. Als Lösung bietet sich die bereits von einem Teil der Rechtslehre [230] und der Rechtsprechung [231] erhobene Forderung an, den Genehmigungsvorbehalt nur noch im Sinne einer reinen Legalitätskontrolle zu handhaben. Der an sich naheliegende Vorschlag gibt jedoch insoweit zu Bedenken Anlaß, als dem Staat vor allem im Wirtschaftsrecht der Gemeinden die Möglichkeit einer Ermessenskontrolle eingeräumt werden sollte. Die Aufgaben, die die Gemeinden erfüllen, erfordern erhebliche wirtschaftliche Mittel. Ihre Beschaffung erfolgt im wesentlichen durch die Erhebung von Steuern, Umlagen oder sonstigen Abgaben sowie durch Darlehnsaufnahme und Kassen-Kredite [232]. Die wirtschaftliche Bedeutung der den Gemeinden zur Verfügung stehenden Mittel läßt sich an folgenden Zahlen erkennen: Im Jahre 1961 betrug das Bruttosozialprodukt rd. 310,4 Milliarden DM. Der Anteil der laufenden Ausgaben der öffentlichen Haushalte belief sich auf etwa 30,3 v.H.. Davon entfielen auf die Gemeinden rd. 23,2 v.H. des Gesamtanteils der öffentlichen Haushalte am Sozialprodukt von insgesamt 94,03 Milliarden DM. Diese Zahlen [233] machen deutlich, daß eine gute Harmonie zwischen der Gemeindefinanzwirtschaft und der Staatsfinanzwirtschaft erforderlich ist.

---

228) Das muß ausdrücklich v. Turegg, in DÖV 1951 S. 579 - entgegengehalten werden, der annimmt, daß in den meisten Ländern der BRD Rechtsverletzungen der einzige Grund eines staatlichen Eingriffs darstellen. Zwar ist v. Turegg zuzustimmen, daß Rechtswidrigkeiten allgemein der einzige Grund für repressive Staatsaufsichtsmaßnahmen sind; die neben diesen allgemeinen Aufsichtsmitteln bestehenden Sonderaufsichtsmittel, insbesondere die Genehmigungsvorbehalte, läßt v. Turegg jedoch außer Acht.
Vgl. hierzu auch Fachinger, in DÖV 1949 S. 374.

229) Vgl. die bereits genannten Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs Rheinland-Pfalz und des VG Kassel aaO.

230) Vgl. die in Anm. 226) zitierte Literatur.

231) OVG Lüneburg, in Der Städtetag 1951 S. 400; VGH Stuttgart, in Bad-Württ Verw.Bl. - Landesbeilage zur DÖV 1956 S. 15.

232) Pagenkopf, aaO S. 177; Seiler, Kommunale Finanzen und Kommunalaufsicht, in Aktuelle Probleme der Kommunalaufsicht, S. 102-103.

233) Seiler, Kommunale Finanzen und Kommunalaufsicht, aaO S. 103-104.

"Denn ob rd. 23 v.H. des Gesamtanteils der öffentlichen Haushalte am Sozialprodukt sich finanzpolitisch mit der Linie des Bundes konform verhalten oder nicht, kann nicht mit leichter Hand abgetan werden" [234]. Denn die Staatsfinanzen geraten in Unordnung, wenn die Gemeindefinanzen nicht in Ordnung sind. Umgekehrt wird die Finanzwirtschaft auch einer gut geleiteten Gemeinde gestört, wenn die staatliche Finanzwirtschaft ins Wanken gerät. Im Hinblick auf diese unlösliche Verbundenheit der Staats- und Gemeindewirtschaft ergibt sich für den Staat die Notwendigkeit, durch regulierende Aufsicht darüber zu wachen, daß seine eigene Finanzwirtschaft nicht durch Maßnahmen der Gemeinden beeinträchtigt wird [235]. Das damit unbestreitbare Bedürfnis des Staates auf Ermessenskontrolle im Wirtschaftsrecht der Gemeinden wird letztlich der Kernpunkt der Überlegungen all derer sein, die einer Ermessenskontrolle gegenüber den Gemeinden das Wort reden. Verlangt aber die heutige Situation der Selbstverwaltung noch ein Mitspracherecht des Staates? Oder ist die Forderung nach kommunaler Ermessensfreiheit gerechtfertigt? Von der Beantwortung dieser Frage wird es abhängen, wie die Widersprüche in der geltenden Kommunalgesetzgebung zu beseitigen sind.

§ 11
Das Problem völliger kommunaler Ermessensfreiheit

1. Der geschichtliche Überblick über die Entwicklung des Genehmigungsvorbehalts hat gezeigt, daß in Preußen seit Einführung der modernen Selbstverwaltung der Genehmigungsvorbehalt fester Bestandteil aller Gemeinde-, Kreis- und Provinzialverfassungen war, die im Laufe der Zeit erlassen wurden. Es konnte darauf verzichtet werden, bei jedem einzelnen Genehmigungsvorbehalt darauf hinzuweisen, daß er eine Kontrolle der Ermessenssphäre der Selbstverwaltungskörperschaften ermöglichte. Denn bis in die jüngste Zeit war es selbstverständlich, daß die Aufsichtsbehörden bei der Erteilung oder Versagung der Genehmigung eigene Zweckmäßigkeitserwägungen anstellen durften. Selbst als bereits einzelne Gemeindeordnungen in ihren allgemeinen Bestimmungen die Staatsaufsicht auf reine Rechtskontrolle beschränkten, waren die Genehmigungsvorbehalte davon ausgenommen, da sie als Sonderaufsichtsmittel den Bestimmungen über die allgemeine Kommunalaufsicht nicht unterfielen. So war es falsch, hier von einer ausschließlichen Rechtsaufsicht zu sprechen. Als in den Jahren 1928-1930 Stimmen laut wurden, die den Genehmigungsvorbehalt im Sinne einer Legalitätskontrolle gehandhabt wissen wollten, weil die Kommunalaufsicht Rechtsaufsicht sei, schrieb

234) Seiler, Kommunale Finanzen und Kommunalaufsicht, aaO S. 105.
235) Pagenkopf, aaO S. 177.

Ottmar Bühler kennzeichnend [236]: "Die Meinung, als ob die Kommunalaufsicht sich jetzt schon auf die Rechtskontrolle beschränke und dies jedenfalls das anzustrebende und in naher Aussicht stehende Ziel sei, ist in Wirklichkeit unrichtig; die Genehmigung von Anleihen und von kommunalen Steuersätzen wie auch die Bestätigung von Wahlen, sicher doch besonders wichtige und nach freiem Ermessen zu treffende Aufsichtsaktionen, die der Staat auch sicher sobald nicht aus der Hand geben wird, beweisen zu Genüge das Gegenteil."
Es ist zwar nicht zu verkennen, daß je nach der politischen Konzeption die Ausgestaltung und Formung des Aufsichtsrechts bald stärker, bald schwächer war. v. Stein ließ beispielsweise in der 1. Städteordnung den Städten, um seinem weit gesteckten staatsbürgerlichen Erziehungsprogramm eine möglichst umfassende Wirkung zu geben, eine verhältnismäßig große, freie Ermessenssphäre [237].
Die Selbstverwaltung der Weimarer Republik dagegen kennzeichnete ein Zustand dauernder Krisen, die zu scharfen Eingriffen des Staates in die Wirtschaftsführung der Selbstverwaltungskörperschaften führten [238].
Die Staatsaufsicht war aber in ihrer langen und wechselvollen Geschichte nie auf reine Gesetzeskontrolle der gemeindlichen Tätigkeit beschränkt. Eine Rechtsaufsicht bestand nur im Bereich der allgemeinen (korrigierenden, repressiven) Eingriffsrechte. Die präventiven Aufsichtsmittel, also insbesondere die Genehmigungsvorbehalte, gestatten seit jeher Zweckmäßigkeitserwägungen der Aufsichtsbehörden.
Völlige kommunale Ermessensfreiheit läßt sich demgemäß geschichtlich [239] nicht begründen, da sie bisher noch niemals verwirklicht war [240].

2. Dieser Feststellung kommt jedoch allein noch kein entscheidendes Gewicht zu; denn die grundlegenden Strukturwandlungen der Selbstverwaltung in den letzten Jahrzehnten könnten in der Gegenwart eine derartige Neuordnung des Verhältnisses von Staat und Gemeinde fordern. Von entscheidender Bedeutung ist indessen, daß die Verwirklichung der Forderung nach voller kommunaler Ermessensfreiheit die Selbstverwaltung aus ihren heutigen politisch-soziologischen Bezogenheiten lösen würde. Dabei ist erstaunlich, daß diese Lösung nicht nur unbewußt, sondern ausdrücklich erfolgt. So schreibt Raabe [241], das Verhältnis von Staat

---

236) In HdBDStR. Bd. 1 S. 703.
237) Vgl. z.B. § 189 Abs. 2 Buchst. c der Steinschen Städteordnung: Grundstücksveräußerungen waren lediglich anzuzeigen.
238) Vgl. die in Anmerkung 66 genannten Maßnahmen.
239) Das ist Pünder aaO und v. Turegg, in DÖV 1951 S. 579 entgegenzuhalten.
240) So auch Weber, in DÖV 1951 S. 513 und Scholl, Diss., S. 180.
241) Schriften des Deutschen Städtetages, Heft 2, Gemeinde und Staat, S. 15.

und Gemeinde sei nicht abhängig von der politischen, sozialen und wirtschaftlichen Idee, von der Staatsidee und der Auffassung vom Zweck und den Aufgaben des Staates. Das sind Worte, die nur dann verständlich werden, wenn man berücksichtigt, daß Raabe "das Naturrecht der Selbstverwaltung lauter denn je proklamieren" will [242]. Raabe verkennt jedoch, daß der Begriff der Selbstverwaltung nicht nur von juristischer, sondern auch von politischer Qualität ist. Diese besteht darin, daß sie "Sinn und Berechtigung nur hat in ihrer Beziehung zum Staat als der Realität der politischen Einheit" [243].

a) Die Forderung nach möglichst weitgehender Ermessensfreiheit der Gemeinden und Gemeindeverbände entstammt der Zeit des Dualismus von Staats- und Selbstverwaltung. Wie Weber treffend sagt, war die örtliche Selbstverwaltung des ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts eine "bürgerlich revolutionäre Errungenschaft gegen den monarchistischen Staat" [244]. Selbstverwaltung und Staatsverwaltung waren zwei scharf voneinander getrennte und abgegrenzte Positionen, die sich mißtrauisch beobachtend gegenüberstanden. Vornehmlich zum Ausdruck kam dieser Gegensatz zwischen Staat und Gemeinde in der Frage der rechtlichen Ausgestaltung des Aufsichtsrechts. Die Gemeinden versuchten, ihren Ermessensbereich zu erweitern, während der Staat diesen einzuengen bemüht war [245]. Obwohl mit dem Ende der monarchischen Staatsform eine neue Deutung der Rolle der Selbstverwaltung einsetzte, blieb der Dualismus von Staats- und Selbstverwaltung auch in der Weimarer Zeit erhalten [246]. Denn die Gemeinde wurde immer noch "als Träger eines dem Staat entgegengesetzten, ihm gegenüber selbständigen Elements der Verwaltung aus dem Volke verstanden" [247]. Als Konsequenz einer solchen Deutung der Selbstverwaltung ergab sich, daß der Kampf gegen staatliche Aufsicht und staatlichen Einfluß in der Gemeinde fortgeführt wurde [248]. Erst der Zusammenbruch im

---

242) aaO S. 11.

243) Forsthoff, Krise, S. 4. Vgl. hierzu auch Loschelder, in Recht-Staat-Wirtschaft Bd. 2, S. 419, der besonders auf die politische Qualität der Frage der Stellung der Gemeinden zum Staat hinweist.

244) Weber, in DÖV 1948 S. 19 ff.

245) Peters, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen, S. 43 f; Scheuner, in Arch. f. KommW. Bd. 1 S. 151, 153.

246) Scheuner, in Arch. f. KommW. Bd. 1 S. 150 f.

247) Scheuner, in Arch. f. KommW. Bd. 1 S. 150.

248) Peters, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen, aaO; Scheuner, in Arch. f. KommW. Bd. 1 S. 151; dazu, daß mit der Entstehung eines demokratischen Staates die Begründung der Gemeinden aus dem Gegensatz Staat-Volk nicht mehr tragbar war, vgl. im einzelnen Forsthoff, Krise, S. 22 ff und Köttgen, Krise, S. 28 ff.

Jahre 1945 beseitigte den Dualismus von Staat und Selbstverwaltung. Die demokratische Machtergreifung war vollkommen [249]. Man erkannte nunmehr an, daß in einer Demokratie die Gemeindeverwaltung nicht auf einem anderen Prinzip beruhen kann als die Staatsverfassung selbst [250].
Mit der Beseitigung des Gegensatzes zwischen Staats- und Selbstverwaltung ist jeglicher mißtrauischer Begrenzung der gegenseitigen Machtsphären der politisch-soziologische Boden entzogen. Es geht nicht mehr um die "Auseinandersetzung zwischen revolutionärem Bürgertum und monarchistischer Staatsgewalt"; Gemeinde und Staat sind nicht mehr "zwei politisch geschiedene Welten", sondern in ihnen treten sich nunmehr "Lebensformen derselben demokratischen Grundkraft" [251] gegenüber. Staatswille und Gemeindewille entspringen der gleichen Quelle [252].
Weil sich im Staat nun aber der Wille des Gesamtvolkes konkretisiert, gegenüber dem der Wille des Gemeindevolkes nur ein Teil ist, so ist die in der Forderung nach scharfer Begrenzung des Staates in der Überwachung der Gemeinden zum Ausdruck kommende Gegenüberstellung von Staats- und Selbstverwaltung nicht mehr zu rechtfertigen [253].

b) Die Forderung nach völliger kommunaler Ermessensfreiheit verkennt aber nicht nur die politisch-soziologischen Bezogenheiten der heutigen Selbstverwaltung, sie scheint auch die durch einen tiefgehenden Strukturwandel der Selbstverwaltung veränderten wirtschaftlichen Gegebenheiten nicht ausreichend zu berücksichtigen.
Volle kommunale Ermessensfreiheit bedingt natürlich auch die Freistellung von den bereits genannten Genehmigungen in der gemeindlichen Wirtschaftsführung. Hierbei ist die Wiederherstellung der Finanzautonomie eines der Hauptanliegen des kommunalen Schrifttums. Von kommunaler Seite wird immer wieder darauf hingewiesen, man könne von dem gesunden Sinn der Bürger im allgemeinen erwarten, daß eine unvernünftige Ausgabe von Geldern unterbleibe. Jedoch kranken die Erörterungen dieses Problemkreises fast durchweg an einer zu engen Sicht. Die Finanzwirtschaft der Gemeinde ist heute untrennbar mit der der Länder und des Bundes verknüpft. Das heute geltende System der Finanzzuweisungen macht die Gemeinden praktisch zu Empfängern eines Anteils des allgemeinen Steueraufkommens. Sie erhalten wesentliche Mittel zur Bestreitung ihres Haushalts ohne ihr Zutun. Von einer finanziellen Autonomie kann trotz Art. 106, 107 GG und einiger weitergehender Bestimmungen der Landesverfassungen [254] nicht die Rede

249) Weber, in DÖV 1948 S. 20; Schmidt-Brücken, in DÖV 1951 S. 567; Vogels, in DÖV 1951 S. 519.
250) Scheuner, in Arch. f. KommW. Bd. 1 S. 156 f.
251) Weber aaO.
252) Menzel, in DVBl 1950 S. 659.
253) Schmidt-Brücken, in DÖV 1951 S. 568.
254) Vgl. z.B. Nordrhein-Westfalen Art. 79; Hessen Art. 137 Abs. 5; Niedersachsen Art. 45; Schleswig-Holstein Art. 40-42; Rheinland-Pfalz Art. 49 Abs. 5.

sein [255]. Nach einem alten Erfahrungssatz werden Ausgaben viel leichter bewilligt, wenn sie ein anderer bezahlt; man stimmt derartigen Ausgaben weniger leicht zu, wenn man sich selbst belastet.

Daß dem Staat, der somit die Selbstverwaltung wenigstens teilweise finanziert [256] bei der Verwendung der von ihm zur Verfügung gestellten Mittel ein Mitspracherecht einzuräumen ist, bedarf daher keiner Erörterung. Nimmt man ihm aber die Einflußmöglichkeit, die der Genehmigungsvorbehalt heute noch gestattet, so wird er auch "illegitime Wege" zu gehen versuchen [257]. Von kommunaler Seite wird zutreffend darauf hingewiesen, daß die heutige finanzpolitische Abhängigkeit der Gemeinden vom Staat hierzu nur allzu bequeme Möglichkeiten bietet [258]; und zwar nicht vornehmlich die Abhängigkeit der Gemeinden vom allgemeinen Finanzausgleich mit seinem System der Finanzzuweisungen, sondern die neben dem Finanzausgleich bestehenden Möglichkeiten einer finanziellen Unterstützung aus Sonderfonds.

Es bedarf wohl kaum des Hinweises, daß eine derartige - von den Gerichten nicht nachprüfbare - indirekte Kontrolle der Kommunen einer gesunden Selbstverwaltung weitaus abträglicher wäre als eine im Rahmen der Gesetze sich vollziehende und erschöpfende Staatsaufsicht.

Volle kommunale Ermessensfreiheit würde weiterhin den Genehmigungsvorbehalt bei der Veräußerung von gemeindeeigenen Grundstücken beseitigen. Auch hier würde zunächst der Hinweis des kommunalen Schrifttums Geltung haben, der gesunde Sinn der Bürger lasse Mißstände bei der Veräußerung von Grundstücken nicht erwarten. Damit kann es jedoch nicht sein Bewenden haben. Denn die strukturellen Wandlungen, denen die Wirtschaftsführung der Gemeinden im Verlaufe der

---

255) Zum Problem der Finanzpolitik zwischen Bund, Ländern und Gemeinden vgl. etwa Wolff, in Der Städtetag 1949 S. 164; v. Aubel, in Der Städtetag 1949 S. 161; Menzel, in DVBl 1950 S. 660; Heckt, in DÖV 1962 S. 210; Berkenhoff, Die Kommunalfinanzen im Schatten von Konjunktur und Staatshaushalt, S. 22 f; Kuss, in Arch.f.KommW. Bd. 4 S. 86; Hettlage, in Arch.f.KommW. Bd. 3 S. 15; vgl. auch LKT-Eildienst 1962 Nr. 309.

256) Vgl. die Finanzzahlen bei Kuss, in DÖV 1963 S. 538: danach standen eigenen Steuereinnahmen der Gemeinden im Jahre 1962 in Höhe von 11,3 Milliarden DM Finanzzuweisungen der Länder in Höhe von 4,7 Milliarden DM gegenüber; vgl. hierzu auch Seiler, Kommunale Finanzen und Kommunalaufsicht, aaO S. 103 ff.

257) Weber, in DÖV 1951 S. 513.

258) Kuss, in DÖV 1963 S. 540; Schumann, in Kommunalpolitische Blätter 1962 S. 447; Weber, in DÖV 1951 S. 513.

letzten Jahrzehnte unterworfen war, haben den mit der Grundstückspolitik der Gemeinden verknüpften Aufgaben ein anderes Schwergewicht gegeben, als das beispielsweise noch im 19. Jahrhundert der Fall war. Während in dieser Zeit das Grundvermögen vorwiegend langfristig als Anlagevermögen genutzt wurde, z.B. durch Verpachtung [259], wird es in neuerer Zeit zum Teil auch für andere Zwecke verwandt [260]. Insbesondere bemühen sich die Gemeinden heute lebhaft, in ihrem Gebiet größere und krisenfeste Industriebetriebe anzusiedeln. Vielfach wird deshalb Gelände zu äußerst günstigen Bedingungen angeboten [261], um so die Errichtung oder Übersiedlung eines solchen Industriebetriebes zu erreichen. Dieses Verfahren wird besonders bei Betrieben angewandt, von denen auf die Dauer eine nennenswerte Steuereinnahme erwartet werden kann. Wenn auch die Bemühungen der Gemeinden um die Förderung der örtlichen gewerblichen Wirtschaft im Interesse einer gesunden Finanzwirtschaft durchaus zu begrüßen sind, so darf andererseits nicht verkannt werden, daß durch übereilte oder unüberlegte Industrieansiedlungen das Wirtschaftsgefüge einer Gemeinde und das ihrer Nachbargemeinden erheblich erschüttert werden kann. Das wird insbesondere dann der Fall sein, wenn durch ein attraktives Unternehmen Arbeitskräfte aus örtlichen Betrieben und aus den benachbarten Gemeinden abgezogen werden. Insoweit werden Interessen der Allgemeinheit berührt, deren Verletzung von einer Gemeinde nicht immer richtig erkannt werden kann. Hieraus aber ergibt sich die unabweisbare Notwendigkeit, die Interessen der Allgemeinheit durch die Aufsichtsbehörden überwachen zu lassen.

§ 12
E r g e b n i s

Wie bereits dargelegt, steht das Genehmigungsrecht als Teil der Kommunalaufsicht wegen der Zweckmäßigkeitskontrolle, die es ermöglicht, mit den Verfassungssätzen und der Beschränkung der Kommunalaufsicht auf eine Gesetzeskontrolle nicht im Einklang [262]. Die Erörterung der Frage, wie dieser Widerspruch zu lösen ist, zeigte, daß die von den Länderverfassungen proklamierte völlige

---

259) Schoen, Das Recht der Kommunalverbände in Preußen, S. 31; v. Grumbkow, Die Geschichte der Kommunalaufsicht in Preußen, S. 51.

260) Z.B. für den Wohnungs-, Siedlungs- und Straßenbau, vgl. die Übersicht bei Surén, Gemeindewirtschaftsrecht, S. 63 ff.

261) Vgl. schon den Runderlaß des Innenministers von Nordrhein-Westfalen vom 9.7.1953 - MBl NW 1953 S. 1124 -, in dem die kostenlose Hergabe von Grundstücken für Industriezwecke beanstandet wird.

262) Vgl. oben S. 33 ff.

kommunale Ermessensfreiheit ihre Rechtfertigung in der heutigen Situation der Selbstverwaltung nicht findet. An einigen entscheidenden Aufgabenkomplexen [263] der Selbstverwaltung wurde nachgewiesen, daß die Beschränkung der Staatsaufsicht auf eine reine Gesetzeskontrolle nicht wünschenswert ist. Die Ermessensfreiheit der Selbstverwaltungskörperschaften findet dort ihre Grenze, wo es sich materiell um Aufgaben von überörtlicher Bedeutung handelt.
Das sind die Bereiche der öffentlichen Verwaltung, die heute der Sache nach die allgemeinen Staatsinteressen unmittelbar berühren und deshalb auch nur vom Staate selbst mit der erforderlichen Übersicht und Planmäßigkeit wahrgenommen werden können. Insoweit hat der Staat nicht nur gegenüber den Gemeinden das Recht, sondern auch die Pflicht gegenüber den von ihm repräsentierten Staatsbürgern, lenkend und regulierend die Bahnen zu bestimmen, in denen sich im Interesse der Gesamtheit die Verwaltungstätigkeit bewegen soll.
Dieses Ergebnis berechtigt dazu, die Reformbedürftigkeit der entsprechenden Verfassungsregelungen auszusprechen und eine gesetzgeberische Änderung der Verfassungen zu fordern.

---

263) Die Untersuchung konnte im Rahmen dieser Studie nicht vollständig sein; es genügte, einige entscheidende Aufgabengebiete herauszugreifen und an ihnen die Problematik der Beschränkung des Staates auf eine Legalitätskontrolle darzulegen.

2. T E I L

RECHTSNATUR DER GENEHMIGUNG

§ 13
E i n f ü h r u n g

Nachdem die geschichtliche Entwicklung des Genehmigungsvorbehalts dargestellt, seine Einordnung in den Bereich der Staatsaufsicht begründet und das sich hieraus ergebende verfassungsrechtliche Problem gelöst wurde, soll nunmehr die Frage nach der Rechtsnatur der Genehmigung erörtert werden.
Schon jetzt darf ausgesprochen werden, daß die Genehmigung nach allgemeiner Auffassung zu den Verwaltungsakten gerechnet wird. In der älteren Rechtslehre findet sich jedoch ein bisher nicht beachteter Hinweis eines bedeutenden Rechtslehrers, wonach die Genehmigung als Regierungsakt anzusehen ist [264]. Eine kritische Betrachtung und Lösung dieses Problems setzt zunächst die Klärung der Begriffe "Verwaltungsakt" und "Regierungsakt" voraus.

III. K A P I T E L

§ 14
Der Begriff des Verwaltungsakts

Der Begriff des Verwaltungsakts ist eine Zweckschöpfung der Verwaltungsrechtswissenschaft [265], die dem Rechtsschutz des Bürgers dienen soll [266]. Die Verwaltungsgerichtsordnung enthält keine Definition des Verwaltungsakts, wenngleich sie diesen Begriff häufig gebraucht. Er ist daher aus der von Rechtslehre und Rechtsprechung bisher geübten Praxis abzuleiten.
Otto Mayer [267] definierte den Verwaltungsakt als den verwaltungsbehördlichen Ausspruch, der dem Untertan für den Einzelfall bestimmt, was für ihn rechtens sein soll.

---

264) Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, in Festgabe für Kahl S. 1 ff.
265) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 181.
266) BVerwGE Bd. 3 S. 258, 262; BGHZ in DÖV 1958 S. 629.
267) Verwaltungsrecht, Bd. 1 S. 61, 92, 96, 227 ff.

Kormann [268] unterschied einen vierfachen Begriff des Verwaltungsakts. Nach ihm versteht man darunter alle Handlungen überhaupt, einschließlich der rein tatsächlichen und nach Privatrecht zu beurteilenden. Nach dem Ausscheiden dieser tatsachlichen und privatrechtlichen Akte ergäbe sich der Verwaltungsakt im weiteren Sinne. Nach der Aussonderung der Rechtshandlungen - z.B. der Beurkundungen - gewinne man den Verwaltungsakt im engeren Sinne, der die gerichtlichen Urteile mit umfasse, und den Kormann den rechtsgeschäftlichen Staatsakt nennt. Nach Ausscheidung der gerichtlichen Akte, insbesondere der Urteile, bleibe der Verwaltungsakt im engsten Sinne übrig, ein Begriff, der nach Kormann's Ansicht dem von Otto Mayer gebildeten Begriff entsprechen soll. Aus dieser Einteilung ergibt sich jedoch noch keine positive Begriffsbestimmung.

Wolff definiert den Verwaltungsakt als "jede von einem Subjekt öffentlicher Verwaltung auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts getroffene Maßnahme zur Regelung eines Einzelfalls, durch welche eine oder mehrere Personen unmittelbar betroffen oder Sachen rechtlich qualifiziert werden [269].

Forsthoff [270] rechnet zu den Verwaltungsakten alle einseitigen, hoheitlichen Akte der Verwaltungsbehörden, von welchen eine unmittelbare rechtliche Wirkung ausgeht, mit Ausnahme der Rechtssatzung und der Rechtsprechung.

Die MRVO Nr. 165 bestimmt in § 25 Abs. 1 den Verwaltungsakt als "jede Verfügung, Anordnung, Entscheidung oder sonstige Maßnahme, die von einer Verwaltungsbehörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts getroffen wird".

Dem entspricht es, wenn das Bundesverwaltungsgericht [271] als Verwaltungsakt jede Maßnahme bezeichnet, die von einer Verwaltungsbehörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts getroffen wird; oder wenn der Verwaltungsgerichtshof München [272] zu den wesentlichen Merkmalen des Verwaltungsakts jedenfalls eine hoheitliche, d.h. in Ausübung der öffentlichen Gewalt getroffene Regelung für einen Einzelfall oder gegenüber einem jeweils bestimmbaren Kreis von Einzelpersonen, rechnet [273].

Diesen Begriffsbestimmungen - mit Ausnahme der von Wolff gegebenen - ist gemeinsam, daß sie für das Vorliegen eines Verwaltungsakts fordern

1.) eine Regelung für den Einzelfall, die unmittelbare Rechtswirkungen hat,

---

268) System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 13 ff.

269) Wolff, Verwaltungsrecht I S. 261.

270) Lehrbuch S. 181.

271) BVerwGE Bd. 3 S. 258.

272) VGH München in DÖV 1957 S. 241 u. Bayr. VerwBl. 1955 S. 122.

273) So auch Bachof, Vornahmeklage, S. 21 ff; OVG Lüneburg, in Verw. Rspr. Bd. 5 S. 236.

2.) den Erlaß durch eine Verwaltungsbehörde - nach Wolff durch ein Subjekt öffentlicher Verwaltung - auf Grund eines hoheitlichen Verhältnisses.

In Anlehnung hieran bestimmen wir deshalb den Verwaltungsakt als die von einer Verwaltungsbehörde in Ausübung hoheitlicher Gewalt zur Regelung eines Rechtsverhältnisses im Einzelfall erlassene Anordnung, Verfügung, Entscheidung oder sonstige Maßnahme.

IV. KAPITEL

DIE THEORIE DES REGIERUNGSAKTS

A.
§ 15
Methode

Der Versuch, den Begriff des Regierungsakts zu bestimmen, begegnet wegen der in Rechtslehre und Rechtsprechung herrschenden Vielfalt von Terminologien gewissen Schwierigkeiten. Die Regierungsakte werden häufig als Beispiele des gerichtsfreien Hoheitsakts genannt; nicht selten werden aber auch gerichtsfreie Hoheitsakte mit Regierungsakten für identisch erklärt. Daneben finden sich Begriffe wie "politischer Hoheitsakt" und "Staatshoheitsakt" ebenso häufig wie die Bezeichnung "justizfreier Regierungsakt". Ob und inwieweit indessen mit der verschiedenen Wortwahl formelle oder materielle Unterscheidungen gekennzeichnet oder Abgrenzungen vorgenommen werden sollen, wird, von einigen Ausnahmen abgesehen [274], nicht ersichtlich. Um einen klaren Begriff des Regierungsakts gewinnen zu können, bedürfen die zur Problematik des gerichtsfreien Hoheitsakts insgesamt vertretenen Auffassungen einer kritischen Prüfung, wobei die für die Rechtsnatur der Genehmigung bedeutungslosen Meinungen ausgeschieden werden.
Da die deutsche Theorie des Regierungsakts in der gleichnamigen französischen Theorie ihren Ausgangspunkt sucht, wird es für erforderlich gehalten, zum besseren Verständnis eine kurze Darstellung des Rechtszustandes in Frankreich voranzustellen.

---

274) Vgl. Mohrs, Diss., S. 38 ff; wohl auch Schlegel, Diss., S. 22 ff.

B.
§ 16
Die französische Theorie des Regierungsakts

Die Theorie von den Regierungsakten ist ursprünglich verknüpft mit der Geschichte des Verwaltungsstreitverfahrens und der Entstehung eines Verwaltungsrechtsschutzes und hat namentlich das französische Verwaltungsrecht beschäftigt [275]. Das gilt sowohl für die französische Rechtslehre als auch für die Praxis der französischen Gerichte [276]. Insbesondere der Conseil d'État hat in einer umfangreichen Rechtsprechung den Begriff der sogenannten "actes de gouvernement" im Gegensatz zu den "actes administratifs" herausgearbeitet.

1. Die frühesten Entscheidungen des Conseil d'État reichen bis 1822 zurück und befassen sich mit einer Reihe von Klagen ehemaliger Mitglieder des Hauses Napoleon oder deren Rechtsnachfolger gegen den französischen Staat [277]. Der Staatsrat verweigerte in diesen Fällen [278] die materielle Prüfung wegen des besonderen politischen Hintergrundes und begründete seine Unzuständigkeit: "considérant que la réclamation tient à une question politique dont la décision appartient exclusivement au gouvernement" [279].
Die Rechtslehre erkannte diese Auffassung des Staatsrates an und zählte demgemäß zu den actes de gouvernement alle Handlungen der Verwaltungsorgane, deren Motiv politischer Natur war - sog. Theorie des mobile politique - [280].
Alle unpolitischen Akte der Exekutive waren dagegen überprüfbare Verwaltungsakte.

2. Mit dem Aufkommen liberal-rechtsstaatlicher Forderungen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts war der Ausschluß der actes de gouvernement von der gerichtlichen Nachprüfung mit der alleinigen Begründung des "mobile politique" nicht mehr haltbar. Man suchte nach objektiven Maßstäben und be-

---

275) Ipsen, Politik und Justiz, S. 15; Forsthoff, Lehrbuch, S. 466.

276) Allgemein dazu Louis Rolland, Prècis de Droit Administratif, S. 64.

277) Ipsen, Politik und Justiz, S. 19; Mohrs, Diss., S. 4; Schlegel, Diss., S. 59; Rumpf, Regierungsakte im Rechtsstaat, S. 47.

278) z.B. hatte ein Zessionar der Prinzessin Borghese Nachzahlung einer Rente verlangt, die der Kaiser seinerzeit der Prinzessin ausgesetzt hatte; weitere Beispiele bei Rumpf, aaO S. 47 ff.

279) J. Fabre, Des actes de gouvernement, S. 13.

280) Berthélemy, Traité élémentaire de droit administratif, S. 127 ff und Teissier, Responsabilité de la puissance publique, S. 142 mit weiteren Nachweisen.

gann, nach einer sachlichen Abgrenzung zwischen den actes de gouvernement und actes administratifs zu suchen [281]. Daß eine allgemeingültige Abgrenzung schwerlich zu finden ist, wurde schon hier erkannt.

a) Die Praxis [282] beschränkte sich deshalb darauf, die Fälle, in denen ein unüberprüfbarer Regierungsakt vorliegen sollte, listenmäßig aufzuzählen [283].

b) Die Rechtslehre versuchte verschiedene Wege zu gehen, um zu einer haltbaren Unterscheidung von Regierungs- und Verwaltungsakten zu gelangen. Gelegentlich wurde die Ansicht vertreten, Regierungsakte seien solche Handlungen, die im Ministerrat beschlossen worden seien [284]. Andere Schriftsteller bemühten sich, die unüberprüfbaren actes de gouvernement ihrer "Natur" nach zu bestimmen [285]. Dabei sind die Begründungen im einzelnen sehr verschieden [286]. Untersucht man sie naher, so findet man, daß sie auf einen gemeinsamen Grundgedanken zurückgehen, und zwar auf den, daß die actes de gouvernement Handlungen von politischer Bedeutung sind und aus diesem Grunde nicht der Anfechtung vor dem Verwaltungsgericht, sondern lediglich der politischen Kontrolle des Parlaments unterliegen [287]. Nach einer anderen Richtung der französischen Lehre soll ein Regierungsakt dann vorliegen, wenn etwas unmittelbar auf Grund der Verfassung geschieht, ein Verwaltungsakt dagegen, wenn ein gewöhnliches Gesetz ausgeführt wird [288].
All diese Unterscheidungen vermögen jedoch nicht zu überzeugen. Die Verfasser kommen, wie Smend es ausdrückt, "meist über beschreibende Allgemeinheiten nicht hinaus" [289].

---

281) Smend, Die politische Gewalt im Verfassungsstaat, in Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, S. 73.

282) Vgl. Jèze, Das Verwaltungsrecht der französischen Republik, S. 449 mit Nachweisen.

283) Genannt werden u. a. die Berufung der Kammern, die Anberaumung von Wahlen, auswärtige Beziehungen, Kriegshandlungen. Vgl. hierzu Tirard, De la responsabilité de la puissance publique, S. 163.

284) Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public, S. 415 f.

285) Vgl. Eisenmann, in Jahrb. ö. R. Bd. 2 (1953) S. 21.

286) Vgl. die Zusammenstellung bei Berthélemy, aaO S. 108, 109, und Hauriou, aaO S. 436.

287) Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, S. 141 f.

288) Ducrocq, Cours de droit administratif, S. 23, 70 f; Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat, S. 524, 531: actes de gouvernement sind nach seiner Lehre: "en dehors de la légalité mais habilité par la constitution". Ebenso auch Lecourtois, Des actes de gouvernement, S. 112.

289) Smend, Die politische Gewalt im Verfassungsstaat, aaO S. 72.

3. Nach alldem ist die Entwicklung nur folgerichtig, wenn auch die Rechtslehre sich heute damit begnügt, die bisher von der Praxis genannten Fälle der Regierungsakte möglichst sorgfältig aufzuzählen [290]. Regierungsakte sind anerkanntermaßen "actes de politique intérieure" [291], diplomatische Akte [292] und alle "faits de guerre" [293].

4. Aber auch diese Aufzählung wird von den Vertretern der sog. negativen Theorie bekämpft [294]. Ihren Hauptargumenten nach ist die Institution des Regierungsaktes teils überflüssig, teils als Rechtsverweigerung rechtswidrig; überflüssig, weil die Klagunzulässigkeit sich mit den bekannten allgemeinen Kompetenz- und Verfahrensregeln begründen ließe, rechtswidrig, weil es da, wo ein subjektives Recht bestehe, etwa an der ordnungsmäßigen Vorlage eines Gnadengesuches an die richtige Instanz, keine Rechtsverweigerung geben dürfe.
Die negative Theorie glaubte, das Verschwinden der Regierungsakte voraussagen zu dürfen [295]. Indes, die Erwartungen wurden enttäuscht. Die Regierungsakte spielen nach wie vor in der französischen Praxis eine große Rolle. Neuere französische Werke wie die von Lalou [296] und Waline [297] verzeichnen schon allein etwa 20 Entscheidungen aus der jüngsten Zeit, die sich mit diesem Gegenstand befassen. Daran ist zu erkennen, daß der Staatsrat sich durch die verschiedenen Auffassungen der Rechtslehre nicht hat beeinflussen lassen, sondern bei seiner verhältnismäßig sicheren Methode der Aufzählungen von gerichtsfreien Regierungsakten verblieben ist [298].

---

290) Vgl. Hauriou, aaO; Bounard, Precis de droit administratif, S. 242 f; Rolland, aaO S. 61.

291) z.B. Maßnahmen der Regierung in ihrer Beziehung zur Volksvertretung.

292) z.B. Entscheidungen über die Annexion eines Gebietes und deren Folgen.

293) Das sind alle Aussprüche gegen den Staat wegen Schäden aus kriegerischen Maßnahmen, soweit nicht eine besondere gesetzliche Regelung der Entschädigungsfrage getroffen worden ist.

294) Michoud, Des actes de gouvernement, Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble, Bd. I S. 266, 282; Bremond, Des actes de gouvernement, Revue du Droit Public 1896 S. 37 ff; Berthélemy, aaO S. 131; Fabre, aaO; Jèze, in Jahrb. ö. R. Bd. IV (1912) S. 399; neuerdings auch Eisenmann, in Jahrb. ö. R. Bd. 2 S. 27 f; Virally, L'introvable acte de gouvernement, Revue du Droit Public 1952 S. 317 ff.

295) Jèze, aaO; Duez, Annuaire 1931 S. 83, 84.

296) Lalou, Traité Pratique de Responsabilité Civile, S. 830 f.

297) Waline, Traité Elémentaire de Droit Administratif, S. 98 f.

298) Schlegel, Diss., S. 63; Schneider, Gerichtsfreie Hoheitsakte, S. 48.

§ 17
Ergebnis

Der Überblick über die in Frankreich vertretenen Auffassungen zur Theorie des Regierungsakts zeigt, daß es nicht möglich war und ist, Regierung und Verwaltung eindeutig voneinander abzugrenzen, obgleich hier das Problem durch die Rechtsprechung des Staatsrates ständig von Bedeutung ist.
Erkenntnisse für die Frage, ob die aufsichtsbehördliche Genehmigung zur Veräußerung von gemeindeeigenen Grundstücken als Verwaltungs-, Regierungs- oder sonstiger Staatshoheitsakt anzusehen ist, lassen sich aus der französischen Literatur und Rechtsprechung nicht gewinnen. Denn ihre Ergebnisse erschöpfen sich in der listenmäßigen Aufzählung von Regierungsakten, die von der Genehmigung sachlich derart verschieden sind, daß sie für das hier zu lösende Problem bedeutungslos bleiben. Die Genehmigung läßt sich nicht in den Kreis der "actes de politique intérieure", "actes diplomatiques" und "faits de guerre" einreihen. Als Ergebnis verdient lediglich festgehalten zu werden, daß als ein Kriterium des Regierungsakts sein politischer Gehalt angesehen wird.

V. KAPITEL

DIE DEUTSCHE THEORIE DES REGIERUNGSAKTS

C.
§ 18
Die Problemstellung

Der Versuch einer Begriffsbestimmung des Regierungsakts setzt die Feststellung voraus, daß nach unserer heutigen Rechtsordnung derartige Akte überhaupt möglich sind. Verneint man diese Möglichkeit, ist der Begriffsbestimmung die Grundlage entzogen. Vorab muß deshalb geprüft werden, ob unsere Rechtsordnung Regierungsakte zuläßt.
Der Problematik der Regierungsakte liegt die Frage zugrunde, ob das Rechtsschutzbedürfnis des einzelnen Staatsbürgers unter bestimmten Voraussetzungen einem überwiegenden Staatsinteresse zu weichen habe, d.h. ob es Handlungen des Staates gibt, die der richterlichen Nachprüfung entzogen sind [299].

299) Forsthoff, Lehrbuch, S. 466; Schneider, aaO S. 7; Ipsen, Politik und Justiz, S. 212; Loening, in DVBl 1951 S. 233; Mohrs, Diss., S. 1; Schlegel, Diss., S. 22; BVerwG in MDR 1962 S. 759; OVG Berlin in DÖV 1953 S. 573; OVG Lüneburg in NJW 1956 S. 239.

Da die deutsche Theorie des Regierungsakts im Gegensatz zu der Frankreichs noch in den Anfängen [300] steckt [301], läßt sie bei der Erörterung des Fragenkreises Einheitlichkeit sowohl in Wortwahl und Begriffsbestimmung als auch in Begründung und Umfang vermissen. Im folgenden soll deshalb eine Übersicht über die verschiedenen Begriffe gegeben werden, der sich sodann eine Abgrenzung und Einteilung anschließt.

1. Ipsen spricht bei der Behandlung des Problems von "Einzelhoheitsakten höheren Niveaus, sog. Regierungs- oder politischen Hoheitsakten" [302]. Schneider versteht die Regierungsakte als Unterfall der gerichtsfreien Hoheitsakte und unterscheidet solche im engeren und im weiteren Sinne [303]. Regierungsakte im engeren Sinne sind bei ihm die von der Regierung in Erfüllung ihrer wesenhaft politischen Funktionen vorgenommenen Entscheidungen, solche im weiteren Sinne die von Verfassungsorganen getroffenen Führungsentscheidungen. Forsthoff behandelt das Problem unter dem Kennwort "Regierungsakte" und meint damit hoheitliche Maßnahmen, die auf politischen Entscheidungen beruhen, oder Staatsakte, mit denen ein besonderes staatspolitisches Interesse verbunden ist [304]. Eyermann-Fröhler meinen, Regierungsakte sorgten für Bestand und Leben des Staates, ohne sich dabei unmittelbar an den Staatsbürger zu wenden [305]. Das OVG Berlin bezeichnet Taten auf höchster politischer Ebene als Regierungsakte [306].
Schließlich ist der Hessische Verwaltungsgerichtshof der Auffassung, Regierungsakte - das sind Staatsakte, die von einer richterlichen Nachprüfung auszunehmen sind - seien Akte, die maßgebliche Grundsätze für die Verwaltung aufstellten [307].

---

300) Das hat seinen Grund vor allem darin, daß bis zum Jahre 1945 die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte durch das Enumerationsprinzip bemessen war, wodurch politische Akte von der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung von vornherein ausgeschlossen waren; vgl. hierzu im einzelnen Forsthoff, Lehrbuch, S. 466; Schneider, aaO S. 10 f.

301) Rumpf, aaO S. 17.

302) Ipsen, in DVBl 1949 S. 489.

303) Schneider, aaO S. 47, 42; ähnlich Koehler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 42 Anm. A IV und OVG Lüneburg in NJW 1956 S. 238.

304) Forsthoff, Lehrbuch, S. 467; ähnlich Bachof, Vornahmeklage, S. 25.

305) Eyermann-Fröhler, Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, § 42 Anm. 35.

306) OVG Berlin in DÖV 1953 S. 573.

307) Verw.Rspr. Bd. 1 S. 334.

Diese keineswegs erschöpfende Zusammenstellung zeigt, daß die einzelnen Verfasser und Gerichte ihren Stellungnahmen offenbar verschiedene Begriffe des Regierungsakts zugrundelegen und auch den Umfang des Begriffs verschieden begrenzen [308]. Um im folgenden Klarheit der Begriffe zu erreichen, sollen in Anlehnung an Kategorisierungsversuche einzelner Autoren [309] die auf den verschiedensten Rechtsgebieten auftauchenden und möglicherweise gerichtsfreien Handlungen des Staats und seiner Organe in Staatshoheitsakte und Regierungsakte unterteilt werden. Dabei werden unter Staatshoheitsakten gerichtsfreie Handlungen des Staates im Bereich des Völker-, Staats- und Verfassungsrechts verstanden [310], während der Begriff des Regierungsaktes auf Handlungen der Regierung im innerstaatlichen Bereich beschränkt werden soll. Selbstverständlich wird die Regierung auch hier auf Grund der Verfassung tätig. Diese ist jedoch im innerstaatlichen Bereich nur Ermächtigung, während die Staatshoheitsakte Handlungen bezeichnen sollen, die entsprechend einzelner Verfassungsbestimmungen ergehen, z.B. die Wahl des Bundespräsidenten. Demgemäß werden unter innerstaatlichen Handlungen staatsleitende Entscheidungen der Regierung verstanden [311], die mit Ausnahme des Staats- und Verfassungsrechts im inneren Bereich des Staates, also z.B. für das wirtschafts-, kultur- und sozialpolitische Gebiet einschließlich des Bereichs der Verwaltung, ergehen und wegen ihrer politischen Natur gerichtsfrei sind.
Staatshoheitsakte und Regierungsakte bilden zusammen die Kategorie der gerichtsfreien Hoheitsakte.

2. Der nach Artikel 19 Absatz 4 GG und nach § 40 der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960 [312] im gesamten Bundesgebiet herrschende Grundsatz der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel, wonach jedem durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzten Staatsbürger der Rechtsweg eröffnet wird, wirft die Frage auf, ob unter diesen rechtlichen Verhältnissen gerichtsfreie Hoheitsakte überhaupt möglich sind.

---

308) Das bemängelt zu Recht vor allem Loening, in DVBl 1951 S. 234; vgl. auch Scheuner, in Z.f. ausl. ö. u. VR. Bd. XIV S. 576 f.

309) Vgl. Schneider, aaO S. 42, 47; v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz Bd. 1, Art. 19 Anm. VII 6 b; Mohrs, Diss., S. 42 ff; Loening, in DVBl 1951 S. 234.

310) Ähnlich Scheuner, Der Bereich der Regierung, in Rechtsprobleme in Staat und Kirche - Festgabe für Smend -, S. 286 f, 299 f.

311) Mohrs, Diss., S. 43.

312) Für den nichtabweichenden Rechtszustand vor dieser Zeit vgl. die einzelnen Generalklauseln in den früheren regionalen Verwaltungsgerichtsgesetzen.

a) Die Auffassungen hierzu sind geteilt. Jedoch haben sich Rechtslehre [313] und Rechtsprechung [314] in überwiegendem Maße für eine Anerkennung des gerichtsfreien Hoheitsakts ausgesprochen [315]. Die Begründungen, die von dieser als herrschend zu bezeichnenden Meinung im einzelnen gegeben werden, lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Der Ausschluß der richterlichen Kontrolle von gerichtsfreien Hoheitsakten ergebe sich aus der Erwägung, daß die von der Verfassung eines Staates einem bestimmten Organ zugewiesene Führungsaufgabe und die ihm auferlegte politische Verantwortlichkeit nur von diesem Organ selbst erfüllt werden könne und nicht ver-

---

313) Forsthoff, Lehrbuch, S. 467, 468; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 264; Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 152; W. Jellinek, in VVDStRL Heft 8 S. 160; Ipsen, in VVDStRL Heft 8 S. 158; derselbe, in DVBl 1949 S. 486 ff; derselbe, in ArchöR Bd. 74 S. 506; Klein, in VVDStRL Heft 8 S. 111; Draht, in VVDStRL Heft 8 S. 153; Merk, in VVDStRL Heft 8 S. 156; Scheuner, Der Bereich der Regierung aaO S. 253 ff; Loening, in DVBl 1951 S. 233 ff; Krüger, in DÖV 1950 S. 536 ff; Friesenhahn, in Recht-Staat-Wirtschaft Bd. II S. 272; Middelhaufe, in Der öffentliche Dienst 1952 S. 185 ff; Backsmann, in DÖV 1956 S. 269 ff; van Husen, in DVBl 1953 S. 70 ff; Obermayer, in Bayr. VerwBl. 1950 S. 129 ff, 173 ff; Rumpf, aaO S. 18; Sczostak, in JR 1958 S. 445 ff; Mohrs, Diss., S. 46 ff; Schlegel, Diss., S. 43 ff; Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 42 Anm. 35-36; Koehler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 42 Anm. A VI; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 102; derselbe, in Recht-Staat-Wirtschaft Bd. 3 S. 264; Geiger, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 93 Anm. 5.

314) BVerwGE Bd. 3 S. 324 ff (vgl. hierzu Bachof, in JZ 1957 S. 377); BVerwG in MDR 1962 S. 759; VGH Freiburg in DÖV 1954 S. 375; Hess. VGH in Verw. Rspr. Bd. 1 S. 334; OVG Lüneburg in NJW 1956 S. 238 ff; OVG Berlin in DÖV 1959 S. 790 ff; OVG Berlin in DÖV 1953 S. 573; wohl auch BVerwG in NJW 1955 S. 1245, obwohl die Frage dort konkret nicht entschieden wurde.

315) Anderer Ansicht sind:
van de Sandt, Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, S. 46; Bettermann, in MDR 1949 S. 398; derselbe, in DVBl 1952 S. 312 ff; Schwerin von Krosigk, in DÖV 1956 S. 690 ff; Schlochauer, in ArchöR Bd. 79 S. 185 ff; Sieveking, in MDR 1948 S. 315 ff; früher auch W. Jellinek, Verwaltungsrecht, Nachtrag 1950, S. 4 und DRZ 1948 S. 269 ff; zweifelnd Bachof, Vornahmeklage, S. 25.

schoben werden dürfe, wenn nicht die staatliche Führung in andere Hände übergehen solle [316]. Es könne deshalb nicht Aufgabe der Gerichte als politisch nicht verantwortlicher, unabhängiger Stellen seien, politische Entscheidungen zu treffen, die möglicherweise die staatliche Gesamtordnung in Frage [317] stellten [318].

b) Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Staats- und verfassungsrechtliche Bedenken stehen einer Anerkennung von gerichtsfreien Hoheitsakten nicht im Wege [319]. Der Staatsführung obliegt die schöpferische Gestaltung der innen- und außenpolitischen Lebensverhältnisse des Volkes [320]. Die Justiz aber ist ihrem Wesen nach auf die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten sowie auf Rechtskontrolle beschränkt. Richtertum und Staatsführung sind nach den Prinzipien des demokratischen Rechtsstaats getrennte Funktionen hoheitlicher Tätigkeit und schließen sich gegenseitig aus. Wenn die Justiz die politische Entscheidung an sich zieht, wird aus dem Rechtsstaat ein "Justizstaat" [321], d.h. ein Staat, in dem die Justiz nicht darauf beschränkt ist, Parlament, Kabinett und Verwaltung auf die Rechtmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit ihres Handelns zu kontrollieren, sondern in dem die Befugnisse der Justiz in einem Umfang ausgeweitet sind, daß sie ihrerseits den Staat regiert.
Grundsätzlich darf in diesem Zusammenhang allerdings nicht verkannt werden, daß viele Rechtsfragen gleichzeitig politische Fragen beinhalten [322]. Zutreffend bemerkt Scheuner, die politische Natur eines Aktes schließe seine rechtliche Formung nicht aus [323]; auch politische Fragen können rechtlich gestaltet, mithin justiziabel [324] sein [325]. Das gilt insbesondere für das Bundesverfassungs-

316) So vor allem Schneider, aaO S. 42.
317) Forsthoff, Lehrbuch, S. 467, 468.
318) Diese Kernpunkte der Ausführungen Schneiders und Forsthoffs finden sich nahezu in der gesamten in Anm. 313) zitierten Literatur.
319) Vgl. hierzu und zum folgenden insbesondere Scheuner, Der Bereich der Regierung, aaO S. 290 ff.
320) Mohrs, Diss., S. 52 ff.
321) Schneider, aaO S. 43.
322) Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, in Festgabe für Kahl, S. 17 ff.
323) Scheuner, Der Bereich der Regierung, aaO S. 295.
324) Scheuner, in DVBl 1952 S. 295.
325) Vgl. z.B. Art. 63 Abs. 2 S. 2, 82, 26 (Bindung der Außenpolitik), Art. 37 (Bundespflichten) GG. Bei diesen Rechtsregeln ergeben sich Schwierigkeiten insbesondere dort, wo es um die Frage geht, ob ein sog. unbestimmter Rechtsbegriff oder freies Ermessen vorliegt. Während das Ermessen verschiedene Handlungen zulässig macht, gestattet der unbestimmte Rechtsbegriff nur die Vornahme einer solchen Handlung, die diesem Begriff entspricht.

gericht. Es unterscheidet sich von allen anderen Gerichten dadurch, daß es u.a. auch über Rechtsstreitigkeiten befindet, denen politische Fragen - das sind Fragen, für deren Entscheidung keine Rechtsnormen bestehen [326] - zugrunde liegen [327]. Als Beispiel sei der Antrag der Bundesregierung an das Bundesverfassungsgericht auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit und Auflösung einer Partei genannt (Art. 21 Abs. 2 GG, §§ 13 Nr. 2, 43 ff BVerfGG) [328]. Zwar ist mit Scheuner davon auszugehen, daß in einem derartigen Fall politische und rechtliche Fragen zusammentreffen [329]. Der in diesem Zusammenhang verwandte Ausdruck "politische Rechtsstreitigkeit" [330] ist jedoch mißverständlich. Denn das Bundesverfassungsgericht hat - wenn es im Rahmen eines Gerichts bleiben will - die politische Frage von der rechtlichen zu trennen [331]. Dabei, ob es z.B. zweckmäßig ist, eine Partei wegen ihrer offenkundig verfassungswidrigen Betätigung zu verbieten oder sie wegen ihrer unterirdischen Tätigkeit bestehen zu lassen und weiter zu beobachten, welche politischen Konsequenzen das Verbot haben könnte, handelt es sich um politische Fragen, für deren Entscheidung eine Fülle von Gesichtspunkten und eine Abwägung der verschiedensten Interessen maßgebend sind, für die es aber rechtliche Normen nicht gibt [332]. "Das Bundesverfassungsgericht wird daher den Standpunkt einzunehmen haben, daß es in dem Antrag der Regierung, die betreffende Partei zu verbieten, die politische Entscheidung über die genannten Fragen sieht, und nur die rechtliche Frage zu beantworten hat, ob die in dem Antrag liegende Entscheidung im Hinblick auf den Tatbestand innerlich begründet, vernünftig und nicht willkürlich ist" [333]. Demgemäß liegt auch bei den sog. "politischen Rechtsstreitigkeiten" die politische Entscheidung und Verantwortung allein bei der Regierung oder einem sonst in Betracht kommenden Verfassungsorgan, während das Bundesverfassungsgericht nur darüber zu befinden hat, ob diese Entscheidung rechtlich begründet und nicht willkürlich war [334].

Die staatsleitenden politischen Entscheidungen der Verfassungsorgane sind daher justizfrei.

---

326) Kaufmann, in VVDStRL Heft 9 S. 4.

327) So die Denkschrift, die Präsident Dr. Höpker-Aschoff im Auftrag des Plenums des Bundesverfassungsgerichts an die obersten Bundesorgane gerichtet hat - veröffentlicht in "Die Dritte Gewalt" 1952 Nr. 23 -.

328) Weitere Beispiele bei Kaufmann, in VVDStRL Heft 9 S. 10.

329) Scheuner, Der Bereich der Regierung, aaO S. 295.

330) Vgl. die in Anm. 327) genannte Denkschrift.

331) Kaufmann, in VVDStRL Heft 9 S. 11.

332) Kaufmann, in VVDStRL Heft 9 S. 11.

333) Kaufmann, in VVDStRL Heft 9 S. 11.

334) Kaufmann, in VVDStRL Heft 9 S. 11-12.

3. Dieses Ergebnis wird heute allgemein für die erste Unterart der gerichtsfreien Hoheitsakte, die Staatshoheitsakte im hier verstandenen Sinne, anerkannt. Im Bereich des Völker-, Staats- und Verfassungsrechts werden diplomatische Akte [335], Kommandoakte [336], Parlamentsentscheide [337] und Präsidialakte [338] als gerichtsfrei angesehen [339].

Auf eine Stellungnahme hierzu kann im Rahmen dieser Untersuchung verzichtet werden, da die Genehmigung, für deren rechtliche Qualifizierung die Theorie des Regierungsakts eine der beiden Grundlagen bilden soll, keinesfalls in den Bereich der Staatshoheitsakte, sondern allenfalls in den des Regierungsakts im hier verstandenen Sinne einzuordnen sein wird. Die Staatshoheitsakte im einzelnen liegen außerhalb der Betrachtung und scheiden mithin aus.

§ 19

Die funktionelle Notwendigkeit des Regierungsakts

Sind Wissenschaft und Praxis sich, wie dargelegt, auch in überwiegendem Maße über die Justizfreiheit von Hoheitsakten im allgemeinen und Staatshoheitsakten im besonderen einig, so besteht hinsichtlich der Existenzberechtigung von Regierungsakten im hier verstandenen Sinne keine Übereinstimmung.

Der Widerstreit der Meinungen gipfelt in der Frage, ob neben dem völker-, staats- und verfassungsrechtlichen Bereich Akte speziell der Regierung denkbar sind, die wegen ihrer leitenden und politischen Natur einer gerichtlichen Nachprüfung nicht unterliegen [340]. Da strittige Rechtsfragen, die Staatshoheitsakte betreffen, regelmäßig der Beurteilung der Verfassungsgerichte unterliegen, weil es für diese keine Generalklausel gibt [341], alle anderen Streitigkeiten auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts kraft der Generalklausel aber der Nachprüfung

---

335) z.B. diplomatische Anerkennung ausländischer Staaten, Kriegserklärung.

336) z.B. die Entscheidung über den Einsatz von Wehrmachts-, Polizei- und Grenzschutzverbänden, Mobilmachung.

337) z.B. nach Art. 54 Abs. 1, 52 Abs. 1, 67, 44 Abs. 4 GG.

338) z.B. Verleihung von Orden und Titeln.

339) Vgl. im ganzen hierzu die ausführliche Übersicht bei v. Mangoldt-Klein, aaO Art. 19 Anm. VII 6 b.

340) Vgl. Schneider, aaO S. 39 f; Loening, in DVBl 1951 S. 236; Backsmann, in DÖV 1956 S. 271 f; Friesenhahn, in Recht-Staat-Wirtschaft Bd. 2 S. 272; Mohrs, Diss., S. 44; OVG Berlin in JZ 1953 S. 644; andererseits Bettermann, in MDR 1949 S. 398; Schlochauer, in ArchöR Bd. 79 S. 185 ff.

341) Schneider, aaO S. 47; Schlochauer, in ArchöR Bd. 79 S. 192; van Husen, in DVBl 1953 S. 72, 73; Klein, in VVDStRL Heft 8 S. 108 ff.

durch die Verwaltungsgerichte unterliegen, läßt sich das Problem der Regierungsakte noch enger begrenzen: Sind innerpolitisch staatsleitende Handlungen der Regierung, die ebenso wie Verwaltungsakte Maßnahmen für den Einzelfall treffen, verwaltungsgerichtlich nachprüfbar? [342] Oder kurz: gibt es auch nach heutigem Recht für die Gerichte justizfreie Regierungsakte?

1. Bestehen und Umfang justizloser Regierungsakte richten sich wesentlich nach der jeweiligen Struktur und Ordnung des Staates [343].
Es bedarf keiner näheren Erörterung, daß ein autoritäres, rechtstaatlichen Forderungen abgeneigtes Staatswesen, das die Gewaltenteilung weitgehend beseitigt hat, den besten Nährboden für justizlose Regierungsakte in großer Zahl bildet [344].
So ist es kennzeichnend, daß während der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft auch die innerstaatlichen Entscheidungen der Regierung einhellig als Regierungsakte angesehen wurden [345]. Hier wird die Problematik einer Anerkennung des Regierungsakts deutlich. Es besteht immer die Gefahr, daß er dazu mißbraucht wird, jede beliebige und gegen die Rechtsordnung verstoßende, je-

342) Loening, in DVBl 1951 S. 235; Schlegel, Diss., S. 24.

343) Ipsen, Politik und Justiz, S. 32, 81, 88, 150 f; Loening, in DVBl 1951 S. 235.

344) Loening, in DVBl 1951 S. 235.

345) Vgl. Scheuner, in RVerwBl 1936 S. 437 ff; Koellreutter, Allgemeine Staatslehre, S. 238; v. Köhler, Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 19; Köttgen, Deutsche Verwaltung, S. 232; Maunz, Verwaltung, S. 206; Huber, Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts, S. 36; Schmitt, Staat, Bewegung, Volk, S. 21; Tatarin-Tarnheyden, Werdendes Staatsrecht, S. 82 f; Greten, Diss., S. 33; Grundmann, in ZgesStW. Bd. 100 S. 511 ff; Boehr, in JW 1933 S. 2500; Hoche, in DJZ 1933 S. 1491; Höhn, DRWiss. 1936 S. 70; Knauth, in DJZ 1934 S. 1123; Lauer, in RVerwBl 1934 S. 707; Neubert, in JW 1933, S. 2427; Reuß, in JW 1935 S. 2028; Schack, in RVerwBl 1934 S. 592; Schelcher, in RVerwBl 1935 S. 212; Georg Schmidt, in RVerwBl 1935 S. 407;
Anderer Ansicht:
Berger, in JW 1934 S. 14 und Lüdtke, in JW 1933 S. 2242; sie wollen politische Maßnahmen, insbesondere Schutzhaftbefehle, der richterlichen Nachprüfung unterwerfen; eine Sonderbehandlung politischer Maßnahmen sei nicht angängig, weil sie auf eine schwierige, wenn nicht unmögliche Unterscheidung zwischen politischen und nicht politischen Maßnahmen hinauslaufe.

doch im Interesse der Regierung liegende Maßnahme der richterlichen Nachprüfung zu entziehen. Es kann heute nur achtungsvoll anerkannt werden, daß in dieser Zeit das Reichsgericht [346] und das preußische Oberverwaltungsgericht [347], solange es ihnen möglich war, versuchten, die sog. politischen Führungsakte auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen [348].

2. Auf den im Gegensatz hierzu heute in der Bundesrepublik Deutschland herrschenden Rechtszustand wurde bereits hingewiesen: Art. 19 Abs. 4 GG und die Generalklausel garantieren dem einzelnen Staatsbürger einen lückenlosen Rechtsschutz.

a) Angesichts dieses Rechtsschutzsystems wird heute gelegentlich die Auffassung vertreten, für eine Sonderbehandlung der Regierungsakte sei kein Raum mehr. Von der Idee des Rechtsstaates her seien keine Gesichtspunkte denkbar, die eine Beschränkung des gerichtlichen Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Exekutive zuließen. Art. 19 Abs. 4 GG mache in Verbindung mit der Generalklausel eine Unterscheidung zwischen Regierungs- und Verwaltungsakten unmöglich [349].

---

346) RGZ Bd. 150 S. 337; Bd. 154 S. 145; Bd. 160 S. 193, 202; RG in DJ 1936 S. 1165.

347) OVGE Bd. 96 S. 77; Bd. 97 S. 103; Bd. 100 S. 220; Bd. 101 S. 212; Bd. 104 S. 178.

348) Wenn Forsthoff, Lehrbuch, S. 467 annimmt, die Rechtsprechung habe nach 1933 unter Führung des RG eine eindeutige Kehrtwendung vorgenommen und die Unüberprüfbarkeit von Regierungsakten weitgehend anerkannt, so entspricht dies nicht den Tatsachen. Forsthoff nimmt wohl Anstoß an den unklaren Formulierungen des RG in DJ 1936 S. 1165; dieses nicht ganz eindeutige Urteil wird jedoch in RGZ Bd. 154 S. 145 ausdrücklich im Sinne der obigen Ausführungen klargestellt; vgl. hierzu noch im einzelnen Schneider, aaO S. 15 ff.

349) Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 11; Giesges, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 30; van de Sandt, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 46; Bettermann, in MDR 1949 S. 398; van Husen, in DVBl 1953 S. 73; Obermayer, in Bayr. VerwBl. 1950 S. 174; Schlochauer, in ArchöR Bd. 79 S. 191; Schwerin v. Krosigk, in DÖV 1956 S. 691; Sieveking, in MDR 1948 S. 316; OVG Berlin in DÖV 1953 S. 573;
früher auch W. Jellinek, in DRZ 1948 S. 271 und Verwaltungsrecht Nachtrag S. 4; dessen Auffassung muß jedoch im Hinblick auf seine Äußerung in VVDStRL Heft 8 S. 160 als aufgegeben gelten;
zweifelnd Bachof, Vornahmeklage, S. 25; Schoen, in DÖV 1955 S. 137.

Diese Auffassung gipfelt in der Feststellung Bettermanns: "Es gibt keine justizlosen Regierungsakte mehr" [350].

b) Die Gegenmeinung sieht demgegenüber im heutigen Rechtsschutzsystem kein Hindernis für die Anerkennung des Regierungsakts. Regierung und Verwaltung seien innerhalb der Exekutive verschiedene Bereiche und deshalb voneinander abzugrenzen, wobei das Kriterium der Unterscheidung darin zu finden sei, daß die Regierung kraft der ihr verfassungsmäßig zugewiesenen Funktion leitend, regelnd und politisch tätig werde, während Verwaltung Vollziehung und Verwirklichung eines von einem anderen Willen kommenden [351] Auftrags sei [352].

3. Die Entscheidung der Streitfrage hängt demnach davon ab, ob die verwaltungsgerichtliche Generalklausel den Verwaltungsgerichten zwingend den Weg zu einer Kontrolle jedweden innerstaatlichen Akts der Regierung eröffnet, oder ob trotz der Generalklausel Akte der Regierung denkbar sind, die der richterlichen Erörterung entzogen bleiben [353]. Letzteres wird ohne weiteres dann zu verneinen sein, wenn man eine Unterscheidung von Regierung und Verwaltung ablehnt, da in diesem Fall die Handlungen der Regierung solche der Verwaltung sind und somit der Generalklausel unterfallen. Räumt man dagegen der Regierung innerhalb der Exekutive einen Sonderbereich ein, wird man folgerichtig

---

350) in MDR 1949 S. 398.

351) So im wesentlichen Schneider, aaO S. 42; Rumpf, aaO S. 18; Klein, in VVDStRL Heft 8 S. 111; Draht, ebenda S. 153; Merk, ebenda S. 156; Ipsen, ebenda S. 158; derselbe, in DVBl 1949 S. 486 ff; derselbe, in ArchöR Bd. 74 S. 499 ff; Krüger, in DÖV 1950 S. 536 ff; Loening, in DVBl 1951 S. 233 ff; Sczostak, in JR 1958 S. 445 ff; Backsmann, in DÖV 1956 S. 269 ff; Friesenhahn, in Recht-Staat-Wirtschaft Bd. 2 S. 272; Middelhaufe, in Der öff. Dienst 1952 S. 185 ff; Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 42 An. 35-36; Koehler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 42 Anm. A VI; Klinger, Verwaltungsgerichtsordnung, § 42 Anm. E I 2 e; Mohrs, Diss., S. 46 ff; Schlegel, Diss. S. 43 ff; BVerwGE Bd. 3 S. 324 ff; OVG Berlin in DÖV 1959 S. 790 ff; OVG Lüneburg in NJW 1956 S. 238 ff; Hess. VerwGH in DVBl 1951 S. 145; OVG Hamburg, in DÖV 1959 S. 266; OVG Hamburg, in DÖV 1962 S. 502; OLG Düsseldorf, in JZ 1959 S. 58;
einschränkend Scheuner, Der Bereich der Regierung, aaO S. 253 ff, 291 ff;
nicht eindeutig W. Jellinek, in VVDStRL Heft 8 S. 160.

352) BVerwG in NJW 1955 S. 1245, VerwGH Bremen in DVBl 1953 S. 697, OVG Hamburg in MDR 1953 S. 316 und OVG Köln in JZ 1952 S. 221 erwähnen zwar den Regierungsakt, ohne allerdings Stellung zu nehmen.

353) Schneider, aaO S. 35.

den Regierungsakt als Äußerungsmittel der Regierung anerkennen, sodann aber klären müssen, warum diese Akte der richterlichen Nachprüfung nicht unterliegen.

a) Die Auffassung der Rechtslehre zum Verhältnis von Regierung und Verwaltung ist nicht einheitlich. Die deutsche Staatsrechtslehre hat sich dem Problem nur zögernd zugewandt. Zwar hatte in der Mitte des 19. Jahrhunderts Lorenz von Stein Begriff und Wesen der Regierung folgendermaßen gekennzeichnet: "Das Wesen der Regierung besteht darin, daß sie den Geist und Willen der gesetzgebenden Gewalt in der vollziehenden Tätigkeit des Staates zur Geltung bringt" [354]. Seine Arbeiten wurden jedoch in der Folgezeit nicht beachtet [355]. Erst R. Smend griff in den 20er Jahren die Frage wieder auf und stellte unter Hinweis darauf, daß eine positive Bestimmung des Bereichs der Regierung nur auf Grund umfassender staatstheoretischer Darlegung zu gewinnen sei, als Ergebnis seiner Untersuchung fest, Regierung sei der Teil des staatlichen Bereichs, der in den Kreis der Politik falle, d.h. in dem der Staat sich und sein Wesen bestimmt und durchsetzt. Die Verwaltung dagegen sei der Teil, in dem der Staat anderen Zwecken diene oder nur die technischen Mittel für seine politischen Funktionen schaffe [356].
Wenn eine solche Begriffsbestimmung der Regierungstätigkeit auch teilweise auf Ablehnung gestoßen ist, so wird die Notwendigkeit, die leitenden Staatsfunktionen gegenüber der rein ausführenden Verwaltung abzugrenzen, doch heute allgemein anerkannt [357]. So spricht insbesondere Scheuner [358] weitgehend im Sinne

---

354) v. Stein, Handbuch der Verwaltungslehre I. Teil S. 133.

355) Vgl. hierzu im einzelnen Scheuner, Der Bereich der Regierung, aaO S. 261.

356) Smend, Die politische Gewalt im Verfassungsstaat, aaO S. 71; er verweist auf K.E. Zachariä, Vierzig Bücher vom Staate, 1. Bd. S. 124: "... bei dem Regieren ist der Blick auf das Ganze, bei dem Verwalten ist er auf das Besondere und Einzelne zu richten".

357) So schon Hatscheck, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, S. 35; Herrnritt, Grundlehren des Verwaltungsrechts, S. 1 ff; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 61 ff; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 4; Forsthoff, Lehrbuch, S. 16; Giese, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 19; Kaufmann in WBStVR. Bd. 3 S. 700; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 68; Kipp, Mensch-Recht-Staat, S. 235; Schneider, aaO S. 42; Scheuner, Der Bereich der Regierung, aaO S. 271 ff; Bachof, in NJW 1953 S. 318. Ablehnend Peters, Lehrbuch, S. 8.

358) Scheuner, Der Bereich der Regierung, aaO; derselbe, Grundlagen des modernen Staates, in Recht-Staat-Wirtschaft Bd. 3 S. 146.

Smends, wenn er erklärt, die eigentliche Sphäre des Politischen im Staat falle inhaltlich zusammen mit der obersten Zielsetzung der Selbstbestimmung des Staates.

Wird demnach als wesentliches Merkmal der Unterscheidung von Regierung und Verwaltung das Moment des Politischen angesehen [359], so ist dabei allerdings zu berücksichtigen, daß es einen einheitlichen juristischen Begriff des Politischen nicht gibt, der Begriff des Politischen vielmehr stets von dem konkreten Zusammenhang abhängig ist, in dem er verwendet wird [360]. Im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Regierung und Verwaltung wird "Politik" hier verstanden als Leitung und Gestaltung des öffentlichen Lebens im Ganzen und seiner Sachbereiche (z.B. Rechts-, Wirtschafts-, Finanz-, Kultur-, Kommunalpolitik usw) [361], wobei die zu treffenden Entscheidungen auf Grund einer bestimmten Weltanschauung ergehen.

Nun wird vielfach die Auffassung vertreten, für die Abgrenzung von Regierung und Verwaltung müsse alles ausscheiden, was lediglich Tages- und Parteipolitik sei [362]; Staatsleitung und -gestaltung beinhalte "hohe Politik", da ihr stets ein besonderes staatspolitisches Interesse verbunden sei [363]. Dem kann jedoch nur mit Vorbehalt zugestimmt werden. Sicherlich kann ein gewöhnlicher Verwaltungsakt dadurch politische Bedeutung erhalten, daß er an einen maßgebenden Politiker gerichtet wird [364]. Ein solcher Akt der Verwaltung wird, wie Forsthoff richtig hervorhebt [365], dadurch nicht zu einem Akt der Regierung. Die Regierung hat jedoch die Aufgabe, der gesamten Staatstätigkeit immer wieder eine bestimmte Richtung zu geben und für die Einhaltung dieser Linie durch die ihr unterstellten Instanzen zu sorgen [366]. Sie steht demgemäß in notwendiger Verbindung mit der Verwaltung [367]. Sie wirkt auf diese ein durch deren laufende Lenkung, Ausrichtung und Überwachung mittels Verwaltungsverordnung, Erlaß und dienstrechtliche Entscheidung [368]. Es wird nicht zu bestreiten sein, daß

---

359) Vgl. hierzu noch VerwGH Bremen in DVBl 1953 S. 698; OVG Berlin in DÖV 1959 S. 791.

360) Dazu ausführlich unter Verwendung des bisherigen Schrifttums: Grewe, Zum Begriff der politischen Parteien, in Festgabe für Kaufmann, S. 65 ff.

361) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 68.

362) Forsthoff, Lehrbuch, S. 467; Loening, in DVBl 1951 S. 236; Mohrs, Diss., S. 41.

363) Forsthoff, Verwaltungsrecht 7. Aufl. S. 468; Peters, Lehrbuch, S. 8.

364) Forsthoff, Verwaltungsrecht 7. Aufl. aaO.

365) Forsthoff, Verwaltungsrecht 7. Aufl. aaO.

366) Kaufmann, in VVDStRL Heft 9 S. 7.

367) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 68.

368) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 68-69.

die insoweit innerhalb der Ressortpolitik täglich zu treffenden Entscheidungen, die von der Verwaltung konkretisiert und spezialisiert werden müssen [369], im Einzelfall auch von der sog. Partei- und Tagespolitik beeinflußt werden können, und zwar in der Form, daß etwa die plötzlich erforderlich werdende Gestaltung oder Umgestaltung von örtlichen Lebensverhältnissen [370] nach partei- oder tagespolitischen Grundsätzen vorgenommen wird. Die Politik der Regierung und ihre Konkretisierung durch die Verwaltung kann deshalb im Einzelfall durchaus von der Partei- oder Tagespolitik beeinflußt sein.

b) Der Bereich des Politischen ist jedoch nicht das einzige Kennzeichen der Regierung. Regierung und Verwaltung unterscheiden sich auch durch das ihnen eingeräumte Ermessen.

Den Verwaltungsbehörden als reinen Vollzugsbehörden ist niemals ein freies, sondern immer nur ein pflichtgebundenes, sachgemäßes Ermessen eingeräumt. Sie haben stets nur innerhalb eines ihnen von außen [371] und obenher gezogenen Rahmens die Möglichkeit einer Wahl ihrer Mittel. Soweit dagegen die Regierung Ermessensentscheidungen fällt, gehört dieses Ermessen "einer höheren, obersten, sich selbst begrenzenden Entscheidungssphäre" an [372]. Staatsleitung und -gestaltung ist frei, da es sich um schöpferische Gestaltung der Lebensverhältnisse eines Volkes handelt. Vollziehung ist als Verwirklichung eines von einem anderen Willen kommenden Auftrags gebunden [373].

Diese Verschiedenartigkeit und Verschiedenwertigkeit des Ermessens verkennt insbesondere v. Laun, wenn er die Regierungsakte als eine Unterart der Ermessensakte ansieht und sie ihres problematischen Sondercharakters dadurch zu entkleiden sucht, daß der Richter Akte der Regierung wie Administrativmaßnahmen nachprüfen solle, nämlich nur insoweit, als die Grenzen des eingeräumten Ermessens überschritten oder vom Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden sei [374].

Wollte man die Regierungsentscheidungen mit v. Laun als eine Unterart der Ermessensakte ansehen, so würde dies dazu führen, daß ein Gericht die Regierung

---

369) Kaufmann, in VVDStRL Heft 9 S. 7.

370) Z.B. bei der Beseitigung von Naturkatastrophen oder beim Straßenbau.

371) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 145.

372) Schneider, aaO S. 41.

373) G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, S. 220.

374) v. Laun, Das freie Ermessen und seine Grenzen, S. 173; derselbe, Les actes de gouvernement, in Rapport Annuaire de l'Institut International de Droit public, 1931 S. 102 ff; derselbe Zum Problem des freien Ermessens, in Festschrift für Zitelmann, S. 1 ff.

zwingen könnte, die Beweggründe, die sie bei der Vornahme von Regierungsakten geleitet haben, bekannt zu geben [375]. Denn bei der Prüfung des verwaltungsbehördlichen Ermessens tritt das Gericht notwendigerweise in eine Erörterung der Motive ein, auf denen die Ermessensentscheidung beruht, da eine Ermessensbeurteilung nicht möglich ist, so lange der Richter die Gründe nicht kennt, die zum Erlaß der getroffenen Entscheidung geführt haben [376]. Das wäre für den Bereich der Regierung ein unhaltbares Ergebnis, wie bereits oben [377] dargelegt wurde. "Die Regierung ist in ihren Handlungen nicht nur in Bezug auf die Frage des Ob, sondern auch in Bezug auf die Frage des Warum unüberprüfbar frei" [378].

Regierung und Verwaltung sind demnach voneinander abzugrenzen. Die Unterscheidungsmerkmale sind das Moment des Politischen und Art und Umfang des ihren Entscheidungen zugrundeliegenden Ermessens.
Die den Regierungsakt ablehnende Auffassung [379] verkennt insoweit die grundlegenden Unterschiede zwischen Regierung und Verwaltung. Leitung und Gestaltung des staatlichen Lebens sind freie Willensäußerungen, die der gerichtlichen Nachprüfung entzogen bleiben. Würde das Gericht in diesen freien Bereich der Regierung eingreifen und staatliche Willensäußerungen abändern, würde es selbst staatlichen Willen setzen und damit den Bereich der Rechtsprechung verlassen [380]. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit verfolgt jedoch nur das Ziel, die Forderung des Rechtsstaates nach "gesetzmäßiger Verwaltung" zu verwirklichen [381].

---

375) Schneider, aaO S. 40.

376) Schneider aaO.

377) Vgl. oben S. 57 zu b).

378) Triepel, Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern, in Festgabe für Kahl S. 98; Schneider aaO mit treffenden Beispielen.

379) Vgl. oben S. 61 Anmerkung 349.

380) Krüger, in DÖV 1950 S. 536 ff; Triepel, Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern aaO.

381) Loening, in DVBl 1951 S. 273; mit dieser Begründung arbeitete bereits auch die französische Praxis, vgl. hierzu Ipsen, Politik und Justiz, S. 151 ff.

§ 20
Ergebnis und Begriffsbestimmung

Zusammenfassend kann daher folgendes festgestellt werden:
Existenz und Rechtfertigung des Regierungsakts ergeben sich aus der Abgrenzung von Regierung und Verwaltung. Art. 19 Abs. 4 GG und die verwaltungsgerichtliche Generalklausel stehen der Anerkennung von gerichtsfreien Regierungsakten nicht entgegen, da es nicht Aufgabe der Verwaltungsgerichte ist, die staatspolitischen Willensäußerungen der Regierung zu überprüfen. Insoweit handelt die Regierung aus freiem Ermessen, das der Beurteilung der Gerichte verschlossen bleibt.
Aus der vorstehenden Betrachtung ergibt sich gleichzeitig der Begriff des Regierungsakts:

> Regierungsakte sind die von der Regierung in Erfüllung ihrer wesenhaft politischen Funktion vorgenommenen gerichtsfreien Entscheidungen, die aus freiem Ermessen zur Leitung und Gestaltung des öffentlichen Lebens und seiner Sachbereiche ergehen [382].

VI. KAPITEL

EINORDNUNG DER GENEHMIGUNG

§ 21
Einführung

Die Rechtsnatur der Genehmigung hat bisher - wie im einzelnen noch darzulegen sein wird - sowohl in der älteren als auch in der neueren Wissenschaft und Praxis nur wenig Beachtung gefunden. Man begnügt sich mit dem kurzen und vielfach ohne Begründung gegebenen Hinweis, die Genehmigung sei - als Mitwirkungsrecht des Staates an der kommunalen Wirtschaftsführung - ein Verwaltungsakt. Insbesondere wird in der neueren Rechtslehre der veränderten Rechtslage insoweit keine Bedeutung beigemessen, als nämlich nach § 2 GONRW die Gemeinden in ihrem Gebiet, soweit die Gesetze nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmen, ausschließliche und eigenverantwortliche Träger der öffentlichen Verwaltung sind, während ihnen Pflichtaufgaben und weisungsgebundene Pflichtaufgaben nur durch Gesetz unter gleichzeitiger Regelung der Kostendeckung übertragen werden kon-

382) Ähnlich Schneider, aaO S. 42.

nen, Art. 78 Abs. 3 und 4 Satz 2 LVNRW und § 3 GONRW. Die sich hieraus ergebende Frage, ob die vom Gesetzgeber vorgenommene Trennung der gemeindlichen Aufgaben in Selbstverwaltungsangelegenheiten und Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung [383] möglicherweise dazu zwingt, das Recht der Genehmigungen neu und nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Verwaltungsakts zu prüfen, wurde bisher nicht beantwortet. Das mag daran liegen, daß unser überliefertes Verwaltungsrecht, "jedenfalls in dem an dem glänzenden Bau des französischen droit administratif orientierten Gebäude, das es seit dem Durchdringen der juristischen Schule Otto Mayers darstellt" [384], ausgerichtet ist an dem Bilde, wie es die europäischen Staaten in der hochliberalen Epoche etwa zwischen 1860 bis 1880 darboten [385]. Im Mittelpunkt dieses Kernstücks des Verwaltungsrechts steht der Staat als übergeordnete Ordnungsmacht. Daher wird zur entscheidenden Rechtsfigur der hoheitliche Eingriff des Staates in die Freiheiten der Bürger mit dem Kern im Polizeirecht [386]. Kann man aber auch das Verhältnis des Staates zur Gemeinde ebenso betrachten ? Handelt es sich wirklich noch um eine Auseinandersetzung des Individuums mit dem Staate im herkömmlichen Sinn, wenn die Aufsichtsbehörden auf Grund gesetzlicher Genehmigungsvorbehalte tätig werden ? Oder bedürfen die in diesem Zusammenhang verwendeten Begriffe einer Ergänzung und Fortbildung ?

§ 22
Die Auffassungen in Rechtslehre und Rechtsprechung

Die Erörterungen in Rechtslehre und Rechtsprechung begnügen sich oft damit, Beispiele für genehmigungspflichtige Handlungen der Gemeinde anzuführen, ohne den juristischen Charakter der Genehmigung zu untersuchen. Insbesondere fällt auf, daß sich namhafte Lehrer des Verwaltungs- und Kommunalrechts - so Otto von Gierke, Giese, Elleringmann, Nebinger, Kottenberg u.a. - bisher jeglicher Stellungsnahme zu der hier aufgeworfenen Frage enthalten haben.

---

383) Zum rechtlichen Charakter der Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung und zu ihrem Unterschied zu den Auftragangelegenheiten alter Art vgl. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 105 ff.

384) Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, in VVDStRL Heft 11 S. 3.

385) In diesem Zeitraum sind die Werke von Aucoc und Laferrière entstanden, die den Ruhm der französischen Theorie erneut begründeten und die über Otto Mayer auch die deutsche Entwicklung tief beeinflußt haben.

386) Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, aaO S. 3.

1a) In der älteren Rechtslehre wird zum Teil die Auffassung vertreten, die Genehmigung sei eine selbständige, staatliche Willenserklärung. Diesen Standpunkt nimmt vor allem Otto Mayer ein [387]. Die aufsichtsrechtliche Genehmigung, so führt er aus, setze eine Handlung voraus, die an sich im Wirkungskreis des Selbstverwaltungskörpers gelegen sei, aber nach Gesetz oder Statut gültig nur vorgenommen werden könne vermöge einer zustimmenden Willenserklärung der Aufsichtsbehörde. Ohne diese Genehmigung bestehe hier nicht ein Verbot für den Selbstverwaltungskörper, sondern die gleichwohl vorgenommene Rechtshandlung sei ungültig.
Rosin [388], Kormann [389], Anschütz [390], Fachinger [391], Maull [392] und K. Maier [393] folgen dieser Ansicht, indem sie die Genehmigung als billigende oder gutheißende Willenserklärung der Aufsichtsgewalt bezeichnen.

Diese, auch in den 30er Jahren wiederholt getroffene Begriffsbestimmung [394] findet sich im Schrifttum der Gegenwart nicht mehr. Lediglich Becker [395] scheint noch von ihr beeinflußt zu sein, wenn er die Genehmigung "Vollziehbarkeitserklärung" nennt.

b) Von einem Teil der älteren Rechtslehre wird die Genehmigung nicht als selbständige, staatliche Willenserklärung bezeichnet, sondern zu den Verwaltungsakten gezählt. Eine überzeugende Begründung wird jedoch nicht gegeben. Während Laforet [396] sich mit der knappen Feststellung begnügt, die Genehmigung sei ein Verwaltungsakt, führt W. Jellinek [397] sie lediglich als Beispiel eines Verwaltungsakts mit privatrechtlichen Wirkungen an. Die Auffassung Laforets spiegelt sich noch bei Stratmann [398] und verschiedenen anderen Auto-

---

387) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 2, S. 414.
388) Rosin, Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, S. 102.
389) Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 171.
390) Anschütz, in JW 1916 S. 1149.
391) Fachinger, Diss., S. 103, 107.
392) Maull, Die Staatsaufsicht über Gemeinden und Gemeindeverbände in Preußen, S. 34.
393) K. Maier, Diss., S. 70.
394) Bierig, Diss., S. 25, 53; Scholz, Diss., S. 48; Borggreve, Diss., S. 68; Thomann, Die Staatsaufsicht über die Gemeinden, S. 67.
395) Becker, in HKWPr. Bd. 1 S. 172.
396) Laforet, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 152.
397) W. Jellinek, Der zweiseitige Verwaltungsakt und der Verwaltungsakt auf Unterwerfung, S. 103.
398) Stratmann, Die Staatsaufsicht über die Gemeinden nach der DGO, S. 53.

ren [399] wieder, die sich jedoch sämtlich einer eingehenden oder kritischen Stellungnahme enthalten. Kroeber [400] dagegen folgt W. Jellinek und reiht die Genehmigung unter die privatrechtsgestaltenden Staatsakte [401] ein [402].

c) Gegen die vorstehenden Auffassungen wendet sich Triepel [403]. Er führt aus, zumindest die Akte der Reichsaufsicht seien mit den "gewöhnlichen" Akten der Verwaltung nicht auf eine Stufe zu stellen; sie seien Handlungen, die den Zusammenhalt des Ganzen, die Erhaltung der Lebensfähigkeit des Bundesstaates überhaupt zum Ziele hätten. Sie seien actes de gouvernement, nicht actes administratifs [404].
Triepel untersucht zwar Akte der Reichsaufsicht im Verhältnis von Bund und Ländern. Sein grundsätzlicher Standpunkt, Aufsicht sei leitende und gestaltende Tätigkeit, ihre Akte deshalb Regierungsakte, hat für das Verhältnis des Staates zur Gemeinde ebenso Geltung wie für das zwischen Bund und Ländern. Denn in beiden Fällen handelt es sich darum, Teile dem Ganzen einzufügen. Nach Triepel ist demnach die Genehmigung als Regierungsakt anzusehen.

2. In der neueren Rechtslehre wird die Genehmigung einheitlich als Verwaltungsakt verstanden. Indessen wird das Problem - wie schon von der älteren Literatur - nur knapp und mit kategorischen Feststellungen behandelt.

Peters schreibt, die Veräußerung von Vermögensgegenständen werde erst durch einen Verwaltungsakt, die aufsichtsrechtliche Genehmigungsverfügung, wirksam [405]. Nach Wolff [406] und Ule [407] sind die Akte der Kommunalaufsicht - demnach auch die Genehmigung - rechtsgestaltende Verwaltungsakte. Dieser Ansicht folgen Fröhler [408] und Obermayer [409], wenn sie in der aufsichtsbehördlichen Genehmigung einen Ausfluß hoheitlicher Verwaltung sehen,

---

399) Schöne, Diss., S. 89; Streit, Diss., S. 59; Hellner, Die Gestaltung der Aufsicht des Staates über die Gemeinden durch die DGO, S. 24.
400) Kroeber, Das Problem des privatrechtsgestaltenden Staatsakts, S. 46.
401) Staatsakte sind bei Kroeber Verwaltungsakte, vgl. Kroeber, aaO S. 15.
402) Ebenso auch Bürckner, Der privatrechtsgestaltende Staatsakt, S. 20.
403) Triepel, Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern, in Festgabe für Kahl Nr. 2 S. 1 ff.
404) Triepel, Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern, aaO S. 99.
405) Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 322, 323.
406) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 268 und 272.
407) Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 136.
408) Fröhler, Die Staatsaufsicht über die Handwerkskammern, S. 89.
409) Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 139.

der sich als Verwaltungsakt darstelle [410]. Forsthoff [411], Gönnenwein [412] und einige andere Autoren [413] sehen im Anschluß an die Lehre W. Jellineks in der Genehmigung einen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt, weil sie die Gestaltung eines privaten Rechtsgeschäfts, die Veräußerung von Grundstücken seitens der Gemeinde an einen Dritten, zum Inhalt habe [414].

3. Die Rechtsprechung hat - ebenso wie der überwiegende Teil der Rechtslehre - in der Rechtsnatur der Genehmigung kein Problem gesehen und sich, von wenigen Ausnahmen abgesehen, einer Stellungnahme enthalten. Diese Tatsache findet ihre Erklärung wohl darin, daß gegen die Versagung der Genehmigung durch entsprechende Vorschriften der Gemeindeverfassungsgesetze der Verwaltungsrechtsweg entweder eröffnet [415] oder versagt wurde [416] und sich die Verwaltungsgerichte deshalb mit dem Rechtscharakter der Genehmigung nicht zu befassen brauchten.

Soweit ersichtlich, hat allein der Bayerische VGH [417] die Rechtsnatur der Genehmigung behandelt und festgestellt, die auf Grund des § 62 DGO [418] vom Landrat erteilte Genehmigung zum Verkauf gemeindeeigner Grundstücke sei ein begünstigender Verwaltungsakt. Eine Begründung hat das genannte Gericht für seine Ansicht allerdings ebenfalls nicht gegeben. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1959 bezeichnet das OVG Münster [419] die im öffentlichen Recht vorgesehenen Genehmigungen der staatlichen Aufsichtsbehörden als konstitutive Verwaltungsakte. In einer älteren Entscheidung vertritt das OVG Münster die Auffassung, alle Maßnahmen der staatlichen Aufsichtsbehörde gegenüber gemeindlichen Gebietskörperschaften seien Verwaltungsakte [420].

---

410) Ebenso Lange, in NJW 1949, S. 731; Pagenkopf, Einführung in die Kommunalwissenschaft S. 232; Hofmann, Genehmigungsvorbehalt und Kommunalaufsicht, aaO S. 96; Salzwedel, in Arch. f. KommW. Bd. 1 S. 204.

411) Forsthoff, Lehrbuch, S. 193, 247.

412) Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 180 f, 199.

413) Sommer, in DÖV 1954 S. 655, 747; Bullinger, in DÖV 1957 S. 762; wohl auch Gygi, Verwaltungsrecht und Privatrecht, S. 7.

414) So Forsthoff, Lehrbuch, S. 247.

415) Vgl. etwa § 112 GONRW.

416) Vgl. § 113 DGO mit der Ausführungsbestimmung des Reichsministers des Inneren (abgedruckt bei Kerll-Weidemann, Die Deutsche Gemeindeordnung, § 113), wonach gegen die Versagung der Genehmigung lediglich die formlose Beschwerde gegeben war.

417) Bayr VGH in DÖV 1954 S. 28.

418) § 62 DGO entspricht § 64 GONRW.

419) OVG Münster in NJW 1959 S. 1701.

420) OVG Münster in DÖV 1953 S. 732.

Das OVG Lüneburg erblickt in der Genehmigung der Aufsichtsbehörde zum Kreisumlagebeschluß einen Verwaltungsakt [421]. Wenn diese Urteil die hier behandelte Genehmigung auch nicht direkt zum Gegenstand hat, bleibt andererseits zu bedenken, daß in der Rechtsprechung die in den verschiedenen Abschnitten der Gemeindeverfassungsgesetze vorgesehenen Genehmigungen allgemein als Verwaltungsakte behandelt und Unterschiede nicht gemacht werden [422]. Ohne damit eine unzulässige Unterstellung vorzunehmen, kann deshalb auch dieses Urteil zur Erörterung der Frage nach der Rechtsnatur der Genehmigung herangezogen werden [423].
Damit sind, soweit ersichtlich, die gerichtlichen Stellungnahmen erschöpft.

§ 23
K r i t i k

Die in Rechtslehre und Rechtsprechung zur Rechtsnatur der Genehmigung vertretenen Auffassungen vermögen nicht zu überzeugen.
Die vorherrschende Ansicht, die in der Genehmigung einen begünstigenden, konstitutiven oder privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt sieht, beschränkt sich darauf, die Genehmigung ohne nähere Begründung in eine der genannten Kategorien des Verwaltungsakts einzureihen. Die Frage, warum die Genehmigung ein Verwaltungsakt sein soll, wird nicht beantwortet. Es besteht der Eindruck, daß die Vertreter dieser Auffassung im wesentlichen den Feststellungen Laforets und W. Jellineks gefolgt sind und in der Frage nach der Rechtsnatur der Genehmigung entweder kein Problem gesehen oder aber die Feststellungen von Laforet und W. Jellinek für so überzeugend gehalten haben, daß eine Kritik oder eine eingehende Behandlung der Frage überflüssig erschien. Laforet und W. Jellinek geben in-

421) OVG Lüneburg in DVBl 1954 S. 370.

422) Vgl. hierzu VerfGH Rheinland-Pfalz in Verw. Rspr. Bd. 3 S. 529; VerwG Kassel in DÖV 1953 S. 702; LVG Schleswig in DÖV 1950 S. 89.

423) Auszuscheiden hat allerdings eine Entscheidung des BGHZ in DVBl 1957 S. 249 mit Besprechungen von Lange, in DVBl 1957 S. 251 und Haueisen, in NJW 1957 S. 385, die die Genehmigung nach §§ 2, 4 der Grundstücksverkehrs-Bekanntmachung von 1937 zum Gegenstand hat. Die von der Verwaltungsbehörde für ein Grundstücksgeschäft unter Zivilpersonen zu erteilende Genehmigung ist nicht vergleichbar der aufsichtsbehördlichen Genehmigung, da dort ein gebundener Verwaltungsakt, auf dessen Erlaß bei Vorliegen der Voraussetzungen ein Rechtsanspruch besteht, gegeben ist, während es sich hier um einen nach freiem Ermessen zu erteilenden oder zu versagenden Staatsakt handelt.

des für ihre Ansicht, die Genehmigung sei ein Verwaltungsakt, keine Begründung.

Ähnlich ist die Rechtsprechung verfahren.

Zuzugeben ist, daß die Genehmigung der Aufsichtsbehörde sowohl begünstigender als auch konstitutiver und - soweit die Wirksamkeit eines privatrechtlichen Vertrages von ihr abhangt - privatrechtsgestaltender Natur ist. Denn die Gemeinde hat auf die Erteilung der Genehmigung keinen Rechtsanspruch, erhält also im Falle der Erteilung einen rechtlich erheblichen Vorteil [424]. Auch wird durch die Genehmigung das zwischen der Gemeinde und dem Dritten angeschlossene Veräußerungsgeschäft, das bis zur Genehmigung schwebend unwirksam ist [425], wirksam, so daß die Genehmigung gleichzeitig rechtsbegründend und privatrechtsgestaltend ist. Die Merkmale "begünstigend", "konstitutiv" und "privatrechtsgestaltend" machen aber allein den Inhalt eines Verwaltungsakts nicht aus. Der von Otto Mayer begründeten Lehre, die die Genehmigung als staatliche Willenserklärung auffaßt, ist entgegenzuhalten, daß ihre Aussage unbrauchbar ist. Ohne Zweifel ist die Genehmigung eine staatliche Willenserklärung. Diese Willenserklärung kann jedoch ihrer Rechtsnatur nach ein Verwaltungsakt, ein Regierungsakt oder ein sonstiger Staatshoheitsakt sein. Deshalb vermag man auch aus dieser Ansicht eine begründete Lösung des Problems nicht herzuleiten.

Die ausführlichste und gleichzeitig gründlichste Behandlung erfährt die Frage durch Triepel. Ihm kann zunächst darin gefolgt werden, daß er die Akte der Verwaltung von den Akten der Aufsicht trennen will. Die Aufsicht ist nicht gewöhnliche Verwaltung; sie dient vielmehr der Eingliederung der Gemeinden in das Staatsganze und ihrer Kontrolle. Der Kernpunkt seiner Auffassung aber, die Akte der Aufsicht seien Regierungsakte, weil sie den Zusammenhalt des Ganzen und der Erhaltung der Lebensfähigkeit des Staates dienten [426], ist durch die gesetzliche Entwicklung überholt. Die entsprechenden Vorschriften der Gemeindeverfassungsgesetze eröffnen heute gegen die Versagung der Genehmigung den Verwaltungsrechtsweg [427]. Es ist deshalb zweifelhaft, ob die Genehmigung und ihre Versagung noch als gerichtsfreie Regierungsakte angesehen werden können.

Zusammenfassend ist festzustellen:

Rechtslehre und Rechtsprechung haben bisher die Frage nach der Rechtsnatur der Genehmigung nicht überzeugend gelöst. Allerdings lassen sich Anhaltspunkte erkennen, die für die Lösung von Bedeutung sein können, namlich daß die Genehmigung begünstigender, konstitutiver und u. U. privatrechtsgestaltender Natur ist

---

424) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 272.

425) H.M. Vgl. etwa Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 322; Forsthoff, Lehrbuch, S. 193; vgl. auch Erste VerwVO zu § 104 GONRW.

426) Triepel, Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern, aaO S. 99.

427) Vgl. etwa § 112 GONRW.

und daß es sich - nach Triepel - nicht um einen gewöhnlichen Akt der Verwaltung handelt. Im übrigen bedarf die Frage einer näheren Untersuchung.

§ 24
L ö s u n g

Die Lösung der Frage nach der Rechtsnatur der Genehmigung wird sich nicht an Berichtigungen der vorstehend wiedergegebenen Auffassungen zu versuchen haben, sondern muß die Bestimmung aus den Grundlagen und dem Wesen des Verwaltungsakts sowie dem Verhältnis des Staates zur Gemeinde entnehmen. Dabei wird insbesondere zu prüfen sein, ob die in der Erteilung der Genehmigung liegende Tätigkeit der Aufsichtsbehörde von dem überkommenen Sinngehalt des Verwaltungsakts noch umfaßt wird oder ob etwa dieser Begriff zur Kennzeichnung dieser Genehmigung nicht mehr ausreicht.

1. Die Genehmigung kann als Verwaltungsakt dann angesehen werden, wenn sie dessen Begriffsmerkmale erfüllt.
Wie bereits dargelegt [428], ist ein Verwaltungsakt die von einer Verwaltungsbehörde in Ausübung hoheitlicher Gewalt zur Regelung eines Rechtsverhältnisses im Einzelfall erlassene Anordnung, Verfügung, Entscheidung oder sonstige Maßnahme.
Fraglich ist zunächst, ob die Aufsichtsbehörde bei der Erteilung oder Versagung der Genehmigung als Verwaltungsbehörde tätig wird.
Was eine Verwaltungsbehörde ist, geht aus jener Definition nicht hervor; auch die Verwaltungsgerichtsordnung bietet keine Hilfe, da in ihr eine entsprechende Begriffsbestimmung nicht enthalten ist. Eine treffende Definition findet sich jedoch in § 25 Abs. 2 MRVO Nr. 165: "Verwaltungsbehörde ist jede mit Aufgaben öffentlicher Verwaltung ... betraute deutsche Stelle, ohne Rücksicht auf ihre Rangstufe oder Besetzung, jedoch mit Ausnahme der Gerichte und der Amtsstellen der Religionsgesellschaften" [429]. Keine Verwaltungsbehörden sind demnach diejenigen Stellen, die nicht mit Verwaltungsaufgaben betraut sind [430].

---

428) Vgl. oben III. Kap. S. 47 ff.

429) Zwar ist die MRVO Nr. 165 inzwischen durch die VerwGO ersetzt worden. Die in ihr verwendeten Begriffe können aber weiterhin Geltung beanspruchen, weil sie von Rechtslehre und Rechtsprechung anerkannt sind, vgl. BVerwGE Bd. 2 S. 273; Bd. 4 S. 258; Bachof, in JZ 1962 S. 667; kritisch dazu Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 261.

430) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 263.

Ob die Aufsichtsbehörde bei der Erteilung oder Versagung der Genehmigung als Verwaltungsbehörde tätig wird, kann an dieser Stelle nicht entschieden werden. Denn die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob die Genehmigung in dem Bereich der Verwaltung oder in einen sonstigen hoheitlichen Bereich fällt. Gegenständlich wird diese Frage bei der Prüfung, ob mit der Genehmigung ein Rechtsverhältnis geregelt wird.

Eine Regelung im Sinne der gegebenen Definition des Verwaltungsakts ist eine "einseitige, potentiell verbindliche, rechtsfolgebegründende Ordnung eines konkreten Lebenssachverhalts" [431], ein "hoheitlicher Ausspruch, der dem Untertan im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll" [432]. Wesensmerkmal des Verwaltungsaktes ist demnach, daß die handelnde Behörde Dritten hoheitlich, also im Überordnungs-, nicht im Gleichordnungsverhältnis gegenübertritt [433].

Erteilung und Versagung der Genehmigung könnten bei reiner Wortinterpretation durchaus unter den Begriff der "Regelung" im vorstehenden Sinne gefaßt werden. Mit der Erteilung der Genehmigung wird seitens der Aufsichtsbehörde für das beabsichtigte Grundstücksgeschäft festgestellt, daß weder rechtliche noch praktische Bedenken gegen die Grundstücksveräußerung bestehen. Durch die Versagung der Genehmigung wird zum Ausdruck gebracht, daß das beabsichtigte Grundstücksgeschäft rechtlichen oder praktischen Bedenken unterliegt und in der vorgesehenen Form nicht durchgeführt werden darf. Es läßt sich weiterhin auch der Standpunkt vertreten, die Aufsichtsbehörde trete der Gemeinde hoheitlich, also im Überordnungsverhältnis gegenüber. Denn der Staat erlaubt als über der Gemeinde stehende, höherrangige Organisation ein Tätigwerden auf dem Gebiet des Grundstücksrechts. Diese Auffassung wird in der Tat gemeinhin vertreten. Zwar wird nirgends deutlich und ausdrücklich ausgesprochen, dieses für den Verwaltungsakt wesentliche Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Staat und Gemeinden sei im Genehmigungsverfahren gegeben. Nach einhelliger Ansicht werden aber die Akte der Kommunalaufsicht allgemein [434] und - wie oben bereits dargelegt [435] -

---

431) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 266.

432) O. Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. I S. 93; vgl. auch BVerwGE Bd. 2 S. 40 f; OVG Münster in DÖV 1952 S. 90; Forsthoff, Lehrbuch, S. 183; Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 42 Anm. 13.

433) Einhellige Meinung. Vgl. statt vieler Eyermann-Fröhler, aaO § 42 Anm. 26 und die dort gegebene umfangreiche Übersicht.

434) Vgl. statt vieler Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 268 und 272; Forsthoff, Lehrbuch, S. 247; Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 42 Anm. 54.

435) Vgl. oben S. 67 ff.

insbesondere die Genehmigung als Verwaltungsakte angesehen. Damit wird zwangsläufig das Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Staat und Gemeinde bejaht; denn andernfalls könnten die Genehmigung und ihre Versagung nicht als Verwaltungsakt angesprochen werden.
Ob das Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Staat und Gemeinde in der Art, wie es der Begriff des Verwaltungsakts erfordert, jedoch gegeben ist, bedarf im Hinblick auf die den Gemeinden in unserer heutigen Rechtsordnung eingeräumte Stellung einer näheren Untersuchung.

a) Art. 28 Abs. 2 GG gibt den Gemeinden - wie schon Art. 127 WRV - das Recht auf kommunale Selbstverwaltung; es wird bestimmt, daß den Gemeinden das Recht gewährleistet sein muß, alle Angelegenheiten der örtlichen Verwaltung im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Die Gemeinden sollen demnach über ihre Angelegenheiten frei und unabhängig von staatlicher Weisung, soweit nicht die Gesetze etwas anderes vorschreiben, selbst bestimmen, und zwar durch von ihren Bürgern gewählte Organe [436].
Die Adressaten der bundesverfassungsrechtlichen Weisung "muß gewährleistet sein" (Art. 28 Abs. 2 GG) sind die Länder [437]. Dementsprechend erklärt die Landesverfassung von Nordrhein-Westfalen in Art. 78 Abs. 1 [438]: "Die Gemeinden (und Gemeindeverbände) sind Gebietskörperschaften mit dem Recht der Selbstverwaltung durch ihre gewählten Organe".
Wie das Grundgesetz in Art. 28 Abs. 2 versucht auch die Landesverfassung den Gegenstand der gemeindlichen Selbstverwaltung näher zu umreißen, indem sie in Art. 78 Abs. 2 bestimmt, daß die Gemeinden in ihrem Gebiet die alleinigen Träger der öffentlichen Verwaltung sind, soweit die Gesetze nichts anderes vorschreiben.
Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden wird nach herrschender Auffassung durch Art. 28 Abs. 2 GG institutionell garantiert [439] und nicht etwa, wie in

---

436) Zuhorn-Hoppe, aaO S. 43.

437) v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 28 Anm. IV 1 g; Zuhorn-Hoppe, aaO S. 61; BVerfGE Bd. 1 S. 236.

438) Vgl. auch Art. 71 bad-württVerf; Art. 11 bayrVerf; Art. 144 Bremer Verf; Art. 137 hessVerf; Art. 44 niedersVerf; Art. 49 rheinl-pfälzVerf; Art. 39 schlesw-holstVerf.

439) v. Mangoldt-Klein, aaO Art. 28 Anm. IV 1 a; Hamann, Das Grundgesetz, Art. 28 Anm. 5; Giese, Grundgesetz, Art. 28 Anm. 4; Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 143; Wernicke, in Bonner Kommentar, Art. 28 Anm. II 2 a; Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 19 Abs. 3 Anm. 38e und 46; Zuhorn-Hoppe, aaO S. 48 f; Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 28 f; Becker, in HKWPr. Bd. 1 S. 140; Henrichs, in DVBl 1954 S. 734; Ipsen, in DÖV 1955 S. 226; Müthling, in DÖV 1951 S. 33; BVerwGE Bd. 2 S. 322.

der Rechtslehre verschiedentlich vertreten wird, als ein Grundrecht im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts gewährleistet [440]. Das folgt schon aus der Einordnung des Art. 28 in den Abschnitt II "Bund und Länder" des Grundgesetzes, darüber hinaus auch aus § 91 BVerfGG, der bei Vorliegen eines Grundrechts gerade entbehrlich gewesen wäre [441]. Dem Selbstverwaltungsrecht kann ein solcher Grundrechtscharakter auch nicht aus naturrechtlichen Erwägungen heraus beigelegt werden. Wenn einige Autoren [442] dennoch der naturrechtlichen Lehre der älteren Rechtslehre [443] folgen und die Auffassung vertreten, daß die Gemeinden älter seien als der Staat und ihr Selbstverwaltungsrecht nicht vom Staat ableiten, sondern kraft eigenen, vorstaatlichen Rechts besäßen, so übersehen sie, daß ihre Auffassung der Konzeption des Art. 28 GG jedenfalls nicht entspricht. Art. 28 GG gewährleistet den Gemeinden das Recht der Selbstverwaltung nur im "Rahmen der Gesetze", leitet es also von der Staatsgewalt [444] ab [445].

---

440) So im Gegensatz zur h.M. Geiger, Die Bundesverfassungsgerichtsbarkeit in ihrem Verhältnis zur Landesverfassungsgerichtsbarkeit, in Festschrift f. Laforet S. 261; Scheuner, Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in Recht-Staat-Wirtschaft Bd. 4 S. 100; Becker, in HKWPr. Bd. 1 S. 140.

441) v. Mangoldt-Klein aaO.

442) Süsterhenn-Schäfer, Kommentar der Verfassung für Rheinland-Pfalz, Art. 49 Anm. 2; Becker, in HKWPr. Bd. 1 S. 119 f.

443) Vgl. Gierke, Das Deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 1 S. 744 ff; Preuß, Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souveränität, in Festgabe f. Laband, S. 222.

444) So die h.M.: Forsthoff, Lehrbuch, S. 419; Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 109 ff; Koellreutter, Deutsches Staatsrecht, S. 138; Nawiasky, Grundgedanken des Grundgesetzes, S. 35; v. Mangoldt-Klein, aaO Art. 28 Anm. IV 1 a; Henrichs in DVBl 1954 S. 734; Ipsen, in DÖV 1955 S. 226; Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 28 f; Müller, in Verw. Arch. Bd. 54 S. 189; Geller-Kleinrahm-Fleck, Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, Art. 78 Anm. 3;
vgl. schon Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1 S. 102 f; Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Art. 1 Anm. 3; Peters, Grenzen der Kommunalaufsicht in Preußen, S. 31 f.

445) Die Konzeption des GG vermag allerdings nicht zu verhindern, daß das Recht auf Selbstverwaltung kraft Landesrechts zu einem echten subjektiven Recht gestaltet werden kann (vgl. z.B. Art. 49 rhein-pfälzVerf, Art. 11 bayrVerf), so richtig Kollmann, in DÖV 1951 S. 145. Aus der LVNRW ergibt sich aber nichts, was für die Anerkennung des Selbstverwaltungsrechts als echtes subjektiv-öffentliches Recht sprechen könnte. Art. 78 LVNRW stellt lediglich fest, daß die Gemeinden das Recht der Selbstverwaltung haben.
a.A. Geller-Kleinrahm-Fleck, aaO Art. 78 Anm. 2 a.E.: zweifelnd Zuhorn-Hoppe, aaO S. 46.

Durch die in Art. 28 Abs. 2 GG enthaltene institutionelle Garantie des Selbstverwaltungsrechts sind die Gemeinden als Mitträger der Verwaltung anerkannt[446]. Im Rahmen der ihnen durch Gesetz gezogenen Grenzen regeln sie alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft kraft des vom Staate abgeleiteten Rechts auf Selbstverwaltung in eigener Verantwortung. Als alleinige Träger der auf ihr Gebiet begrenzten öffentlichen Verwaltung nehmen sie hoheitliche Aufgaben wahr und sind demnach Hoheitsträger. Dieser vom Grundgesetz gegebenen Rechtslage trägt die LVNRW Rechnung, indem sie in Art. 3 Abs. 2 die Gemeinden als Glieder der Landesverwaltung und damit als Mitträger der Verwaltung anerkennt. Auf der anderen Seite stehen die Gemeinden in der Herrschaftsgewalt des Staates, die sich u.a. in der Staatsaufsicht äußert. "Diese Herrschaftsgewalt ergibt sich aus der Gliedschaft der Gemeinde in der größeren Gemeinschaft des Staates, die eine Unterstellung unter die größere Gemeinschaft von selbst mit sich bringt" [447].

Zusammengefaßt kann somit folgendes festgestellt werden [448]:
Die Gemeinden in Nordrhein-Westfalen sind sowohl vom Grundgesetz als auch von der LVNRW institutionell als Mitträger der Verwaltung anerkannt. Wenn sie ihre Hoheitsgewalt auch vom Staat ableiten, so sind sie innerhalb ihres Gebietes dennoch alleinige und eigenverantwortliche Träger öffentlicher Verwaltung und damit Träger hoheitlicher Gewalt.

b) Aus dem vorstehend gewonnenen Ergebnis folgt, daß die Gemeinden bei Berührungen mit dem Staat, die sich im Rahmen ihres Selbstverwaltungsbereichs vorwiegend bei der Aufsicht ergeben, diesem nicht als untergeordnete Individuen, sondern als alleinige Träger der auf ihr Gebiet begrenzten öffentlichen Verwaltung entgegentreten. Sie sind nach ihrer heutigen verfassungsrechtlichen Stellung in ihrem Bereich ebenso Hoheitsträger, wie der Staat in dem seinen. Das folgt auch daraus, daß nach der heute einhellig herrschenden Auffassung der

---

446) Zuhorn-Hoppe, aaO S. 48; Vogels, Die Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen, Art. 1 Anm. 3; Geller-Kleinrahm-Fleck, aaO Art. 78 Anm. 2.

447) Zuhorn, Gemeindeverfassung, S. 20.

448) Selbstverständlich erschöpft sich das Verhältnis von Staat und Gemeinde nicht in den institutionellen Garantien der Verfassungen. Der Bund kann über Art. 83, 84, 85, 66 GG in das kommunale Verfassungsrecht der Länder einschneidend eingreifen. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung kommt es jedoch wesentlich nur darauf an, darzustellen, daß die Gemeinden ihre Hoheitsgewalt vom Staate ableiten, im übrigen aber alleinige Träger der örtlichen Verwaltung sind.

Staat das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden in seinem Wesensgehalt nicht antasten darf [449], die Gemeinden also als Hoheitsträger neben sich gelten lassen muß.

Da die Grundstücksgeschäfte der Gemeinden nach § 64 GONRW echte Selbstverwaltungsangelegenheiten sind, tritt die Gemeinde demnach als Hoheitsträger an den Staat heran und beantragt die nach der Bestimmung des § 64 GONRW erforderliche Genehmigung. Wie in allen Selbstverwaltungsangelegenheiten ist die Gemeinde auch insoweit dem Staat nicht untergeordnet und umgekehrt der Staat der Gemeinde nicht übergeordnet. Vielmehr stehen sich beide als Hoheitsträger gegenüber.

Das für den Verwaltungsakt erforderliche Merkmal des Über- und Unterordnungsverhältnisses, das den Begriff der "Regelung" ausfüllt, liegt folglich nicht vor.

Der vorstehend vertretenen Auffassung läßt sich allerdings - das soll nicht verkannt werden - entgegenhalten, aus der Gliedschaft der Gemeinde in der größeren Gemeinschaft des Staates folge von selbst eine Unterstellung unter die größere Gemeinschaft; aus der Herrschaftsgewalt des Staates ergebe sich zwangsläufig das hier verneinte Über- und Unterordnungsverhältnis von Staat und Gemeinde auch im Bereich der Selbstverwaltungsangelegenheiten.

Es ist richtig, daß die Gemeinden nicht selbständige Gebilde, sondern Glieder des Staates sind und sich als solche zu verhalten haben. Gliedschaft bedeutet Einordnung. Diese Einordnung muß von den Gemeinden eingehalten werden; sie sind verpflichtet, den Rahmen, der ihnen durch ihre Gliedschaft in der größeren Gemeinschaft gesetzt ist, inne zu halten. Darüber hat der Staat als die höherrangige Gemeinschaft zu wachen. Deshalb steht der gemeindlichen Selbstverwaltung die Staatsaufsicht gegenüber, die dem Prinzip der Selbstverwaltung nicht widerspricht. Die Staatsaufsicht ist das Korrelat der Selbstverwaltung. Daß sich aus dem so gesehenen Verhältnis von Staat und Gemeinde auch im Bereich der Selbstverwaltungsangelegenheiten ein Über- und Unterordnungsverhältnis im staatsrechtlichen Sinne ergibt, ist selbstverständlich und wird nicht in Zweifel gezogen. Die Herrschaftsgewalt des Staates und das aus ihr folgende staatsrechtliche Subordinationsprinzip bestehen aber unabhängig von der Frage, ob das für den Verwaltungsakt erforderliche - verwaltungsrechtliche - Merkmal des Über- und Unterordnungsverhältnisses, wie es im Begriff der "Regelung" im herkömmlichen Sinn zum Ausdruck kommt, zwischen Staat und Gemeinde noch anzunehmen ist. Die Regelung ist ein "hoheitlicher Ausspruch, der dem Untertanen im Einzelfall bestimmt,

---

449) v. Mangoldt-Klein aaO; Giese aaO; Maunz aaO; Hamann aaO; Ipsen aaO; Koellreutter aaO; Henrichs aaO; Müthling aaO; BVerfGE Bd. 1 S. 174; BVerwGE Bd. 2 S. 332; bad-württVGH in DÖV 1951 S. 307.

was für ihn Rechtens sein soll". Aus der allgemeinen staatsrechtlichen Herrschaftsgewalt des Staates über die Gemeinden läßt sich der klassische Gegensatz Staat-Individuum als Voraussetzung einer Regelung im vorstehenden Sinn nicht mehr herleiten. Denn das den Gemeinden heute verfassungsmäßig eingeräumte Recht der Selbstverwaltung schließt zwar die Anerkennung einer allgemeinen Herrschaftsgewalt des Staates nicht aus, zwingt aber andererseits dazu, den Gegensatz Staat-Individuum als Voraussetzung einer "Regelung" zu verneinen. Die Gemeinde kann nicht als "Individuum" angesehen werden; sie ist vielmehr ein durchaus teilbarer Verbund von Menschen. Die gemeindliche Selbstverwaltung hat sich im 19. Jahrhundert entwickelt aus dem Gegensatz des Bürgertums gegen den zentralistischen monarchischen Obrigkeitsstaat. Damals war jenes Verhältnis Staat-Individuum auch zwischen Staat und Gemeinde gegeben. Sind die Gemeinden aber heute institutionell als alleinige und eigenverantwortliche Träger hoheitlicher Gewalt anerkannt, können sie also über ihre Angelegenheiten frei und unabhängig von staatlicher Weisung selbst bestimmen, dann ist jenes Verhältnis, in dem dem Untertanen bestimmt wird, was für ihn Rechtens sein soll, nicht mehr gegeben. Daran ändert sich nichts dadurch, daß die Gemeinden nach wie vor unter der allgemeinen staatsrechtlichen Herrschaftsgewalt des Staates stehen. Jene Gewalt beinhaltet nicht das verwaltungsrechtliche Über- und Unterordnungsverhältnis, wie es der Begriff der Regelung erfordert. Sie findet ihre Rechtfertigung ausschließlich in der Gliedschaft der Gemeinden in der größeren Gemeinschaft des Staates und ist von dem verwaltungsrechtlichen Über- und Unterordnungsverhältnis zu trennen.
Damit ist aufgezeigt, daß die heutige verfassungsrechtliche Stellung der Gemeinden in ihren Selbstverwaltungsangelegenheiten gegenüber dem Staat außerhalb der Rechtsgestaltungen liegt, wie sie sich im Verwaltungsrecht des 19. Jahrhunderts ausgeformt haben. Paßte zu dieser Zeit das Verhältnis von Staat und Gemeinde in die Struktur des Verwaltungsrechts, das aufgebaut ist auf dem Gedanken eines Gegenüber von individueller Freiheit und staatlichem Eingriff, so ist heute jene Grenze weit überschritten. Die Anerkennung der Gemeinden als Grundlagen des Staatsaufbaus und als eigenverantwortliche Träger der örtlichen Verwaltung hat zur Folge, daß man das Verhältnis von Staat und Gemeinde mit dem klassischen Gegensatz Staat-Individuum im Sinne Otto Mayers nicht mehr erfassen und demnach die Erteilung oder Versagung der Genehmigung in Selbstverwaltungsangelegenheiten nicht mehr als Verwaltungsakt ansehen kann.

2. Im Hinblick auf das vorstehend gewonnene Ergebnis stellt sich als nächstes die Frage, ob es sich bei der Genehmigung und ihrer Versagung um einen Regierungsakt handeln kann.
Wie oben bereits dargelegt [450], ist unter Regierungsakt eine politische Hand-

450) Vgl. oben Seite 67.

lung der Regierung zu verstehen, die aus freiem unüberprüfbarem Ermessen zur Leitung und Gestaltung des öffentlichen Lebens und seiner Sachbereiche ergeht. Abgesehen von der zweifelhaften Frage, ob mit der Genehmigung materielle Regierungstätigkeit verbunden ist, kann der Genehmigungsakt weder als politischer Akt noch als ein solcher angesehen werden, der aus freiem, unüberprüfbarem Ermessen ergeht.

Wie bereits bei der Darstellung der Theorie des Regierungsakts im einzelnen ausgeführt wurde, setzt eine politische Handlung eine weltanschauliche Entscheidung voraus. Daran fehlt es aber, wenn die Aufsichtsbehörde die Genehmigung erteilt oder ablehnt.

Der derzeitige Rechtszustand ermächtigt die Aufsichtsbehörde, das von der Gemeinde vorgenommene Veräußerungsgeschäft auf seine Recht- und Zweckmäßigkeit hin zu kontrollieren. Deshalb wird die Aufsichtsbehörde zunächst prüfen, ob das Grundstücksgeschäft im Rahmen der der Gemeinde gesetzlich zustehenden Befugnisse liegt, die gesetzlichen Verfahrensvorschriften beachtet sind und das Geschäft den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaftsführung entspricht. Darüber hinaus stellt sie aber auch fest, ob allgemeine oder örtlich bedingte Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte einer Verfügung über das Grundstück entgegenstehen.

Die hierbei anzustellenden Erwägungen sind jedoch ausnahmslos sachlicher Natur. Hierzu ein Beispiel: Will die Gemeinde ein Grundstück zum Zwecke der Industrieansiedlung verkaufen, so wird die Aufsichtsbehörde zu prüfen haben, ob die mit der Industrieansiedlung verbundene strukturelle Veränderung des gemeindlichen Wirtschaftsaufbaus zu Störungen im Wirtschaftsgefüge der Nachbargemeinden führen kann, etwa deshalb, weil aus den Nachbargemeinden möglicherweise Arbeitskräfte abwandern werden. In wirtschaftlichen Ballungsräumen wird sich außerdem die Frage stellen, ob die vorhandenen Verkehrswege die durch die Ansiedlung des Industriebetriebes auftretenden zusätzlichen Belastungen noch tragen können, ob die Zuführung von Abwässern in einen Fluß noch vertretbar ist usw. All diesen Fragen, von denen hier nur einige angedeutet werden konnten, liegen sachliche Probleme zu Grunde. Diese werden von der Aufsichtsbehörde gelöst, indem sie die Interessen der Allgemeinheit gegen die der einzelnen Gemeinde abwägt. Zu einer politischen Entscheidung wird sie dabei nicht gezwungen.

Der Genehmigungsakt ist darüber hinaus auch kein Akt eines freien, unüberprüfbaren Ermessens. Nach § 112 GONRW können die Gemeinden Maßnahmen der Aufsichtsbehörden unmittelbar mit der Klage im Verwaltungsstreitverfahren anfechten. Daß es sich bei der Genehmigung und ihrer Versagung um Maßnahmen im Sinne des § 112 GONRW handelt, ist einhellige Auffassung in Rechtslehre und Rechtsprechung [451]. Hat aber die Gemeinde die Möglichkeit, die Versagung

451) Vgl. statt vieler Odenbreit-Hensel, Gemeindeordnung, S. 490.

der Genehmigung verwaltungsgerichtlich nachprüfen zu lassen, so kann dieser Akt der Aufsichtsbehörde kein gerichtsfreier Regierungsakt sein. Es liegt vielmehr kraft gesetzlicher Vorschrift ein justiziabler Akt vor.

3. Die Genehmigung und ihre Versagung sind mithin weder Verwaltungs- noch Regierungsakte. Sie sind daher unter die Staatshoheitsakte sui generis einzureihen. Daß neben den Verwaltungs- und Regierungsakten weitere Gruppen von Staatshoheitsakten eigener Art denkbar sind und existieren, ist allgemein anerkannt und bedarf keiner näheren Erörterung [452]. Die Aufsichtsbehörde gibt mit der Erteilung der Genehmigung zu erkennen, daß dem Veräußerungsgeschäft weder rechtliche Gesichtspunkte noch Zweckmäßigkeitserwägungen entgegenstehen. Damit besteht der Rechtssinn der Genehmigung darin, daß sie die schwebende Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts beseitigt. Die Genehmigung ist folglich Geltungs- bzw. Wirksamkeitsvoraussetzung des zu genehmigenden Rechtsgeschäfts.

4. Mit der Zuordnung der Genehmigung und ihrer Versagung in den Bereich der Staatshoheitsakte sui generis taucht die Frage auf, um welche verwaltungsgerichtliche Klageart es sich handelt, wenn die Versagung der Genehmigung gemäß § 112 GONRW von der Gemeinde "angefochten" wird.
Die in §§ 42 ff VerwGO genannten Klagearten treffen nicht zu, da sie als Streitgegenstand stets einen Verwaltungsakt voraussetzen. Daß unter "Maßnahmen der Aufsichtsbehörde" im Sinne des § 112 GONRW unter Umständen auch Handlungen der Aufsichtsbehörde einzubegreifen sind, die nicht zu den Verwaltungsakten gehören, sondern anderen Rechtsfiguren zuzuordnen sind, ist anerkannt [453]. Die Klage der Gemeinde könnte deshalb eine sog. Parteistreitigkeit sein.
Die Parteistreitigkeiten hatten eine ausdrückliche Regelung in den §§ 85 ff VVG gefunden. § 85 VVG definierte sie als Streitigkeiten des öffentlichen Rechts zwischen gleichgeordneten Rechtsträgern. Obwohl sie in der Verwaltungsgerichtsordnung nicht genannt sind, liegt auch ihr nach einhelliger Ansicht der Rechtslehre die Unterscheidung von Anfechtungssachen - worunter in diesem Zusammenhang auch die Verpflichtungssachen verstanden werden - und Parteistreitigkeiten zu-

---

452) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch S. 89 ff. Als Beispiel sei genannt die Zuerkennung der Beschlußfähigkeit an eine beschlußunfähige Gemeindevertretung durch Anordnung der Aufsichtsbehörde. Nach VGH Freiburg in DVBl 1953 S. 269 handelt es sich hierbei um einen aus der Organisationsgewalt des Staates fließenden Staatshoheitsakt eigener Art.

453) Vgl. statt vieler Zuhorn-Hoppe, aaO S. 326 f.

grunde [454]. Übereinstimmend werden als Parteistreitigkeiten alle Streitigkeiten des öffentlichen Rechts zwischen selbständigen, gleichgeordneten Rechtsträgern bezeichnet, soweit es sich nicht um Anfechtungssachen handelt oder eine Sonderzuständigkeit [455] eingreift; Gleichordnung der Rechtsträger ist dann gegeben, wenn dem im Streit befangenen Rechtsverhältnis das Kriterium der Über- und Unterordnung fehlt [456]. Daß auch dem öffentlichen Recht die Gleichordnung verschiedener Rechtsträger in ihren gegenseitigen Beziehungen nicht fremd ist, hat H.J. Wolff überzeugend nachgewiesen [457]. Denn ein Rechtsverhältnis ist auch dann öffentlich-rechtlich, wenn die es kennzeichnenden gegenseitigen Rechte und Pflichten der gleichgeordneten Rechtsträger aus Rechtsnormen des öffentlichen Rechts erwachsen [458]. Parteistreitigkeiten können daher auftreten zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts auf beiden Seiten, juristischen Personen des öffentlichen Rechts und Privatpersonen oder Privatpersonen auf beiden Seiten [459].

Es wurde bereits erörtert [460], daß zwischen Staat und Gemeinde im Bereich der Selbstverwaltungsangelegenheiten ein Über- und Unterordnungsverhältnis im herkömmlichen verwaltungsrechtlichen Sinne nicht besteht und daß die sich aus § 64 GONRW ergebenden Rechtsgeschäfte der Gemeinden in den Kreis der Selbstverwaltungsangelegenheiten fallen. Staat und Gemeinde treten sich bei Streitigkeiten über die Erteilung oder Versagung der Genehmigung vielmehr als gleichgeordnete Rechtsträger gegenüber. Darüber hinaus liegt der genannte Streit auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Wie H.J. Wolff überzeugend dargelegt hat, ist eine Streitigkeit auch dann öffentlich-rechtlicher Art, wenn um die Begründetheit eines Anspruchs gestritten wird, der auf einen Rechtssatz des öffentlichen Rechts gestützt wird, oder wenn das Bestehen eines Rechts streitig ist, das unter Berufung auf eine Rechtsnorm des öffentlichen Rechts in Anspruch genom-

---

454) Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, § 40 Anm. 6 und 9 ff; Koehler, Verwaltungsgerichtsordnung, Vorb. IV 3 c vor §§ 42 ff; Redeker-v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, § 40 Anm. 5; Klinger, Verwaltungsgerichtsordnung, § 40 Anm. B I 1; Schunck-De Clerck, Verwaltungsgerichtsordnung, § 40 Anm. 1 b.

455) Z.B. bei Verfassungsstreitigkeiten oder wenn durch ausdrückliche Zuweisung die Zuständigkeit eines anderen Gerichts begründet ist.

456) Vgl. die in Anm. 454) Zitierten.

457) Wolff, in ArchöR Bd. 76 S. 205 ff (209); ebenso Eyermann-Fröhler, aaO § 40 Anm. 5; Klinger, aaO § 40 Anm. B I 1; Redeker-v. Oertzen, aaO § 40 Anm. 5-6; Bayr. VGH in Verw. Rspr. Bd. 6 S. 211.

458) Wolff, in ArchöR Bd. 76 S. 209.

459) Eyermann-Fröhler, aaO § 40 Anm. 8 und 9 ff.

460) Vgl. oben S. 76 ff.

men wird [461] [462]. Die Rechtsvorschriften, die z.B. die Bildung und Auflösung von Gemeinden, ihre innere Verfassung, die Bestellung ihrer Organe, ihr Verhältnis zum Staat, den Umfang und die Formen der Ausübung öffentlicher Gewalt und sonstiger Betätigungen besonders innerhalb des Gemeindewirtschaftsrechts zum Gegenstand haben, bilden den Inhalt des Gemeinderechts; sie sind vorwiegend staatlich gesetztes und zum Teil autonomes Recht und gehören dem öffentlichen Recht an [463]. Die kommunale Selbstverwaltung wird dabei gegen Eingriffe der Aufsichtsbehörden in ihre Rechte geschützt. Der Schutz wird insoweit von den Verwaltungsgerichten gewährt und richtet sich vor allem gegen Anordnungen der Aufsichtsbehörden, die das Recht der Selbstverwaltung beeinträchtigen, insbesondere von den Aufsichtsbefugnissen unrichtigen Gebrauch machen. Demgemäß trifft die GONRW [464] in § 112 Bestimmungen über die Rechtsmittel gegen aufsichtsrechtliche Maßnahmen; denn es geht um die Verteidigung eigenständiger Rechte gegenüber der staatlichen Aufsichtsbehörde [465]. Will die Gemeinde kraft ihres Selbstverwaltungsrechts über ein Grundstück verfügen und versagt die Aufsichtsbehörde die erforderliche Genehmigung, werden beide Akte auf Rechtssätze des öffentlichen Rechts (§ 64 GONRW) gestützt
Damit liegen die Voraussetzungen einer Parteistreitigkeit vor. Die Klage gegen die Versagung der Genehmigung ist im Verwaltungsstreitverfahren demgemäß als Parteistreitigkeit zu behandeln.

---

461) Wolff, in ArchöR Bd. 76 S. 209; ebenso Klinger, aaO; Redeker-v. Oertzen, aaO.

462) Die so gewonnene Definition der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit ist immer noch unvollkommen, weil sie notgedrungen den Begriff des öffentlichen Rechts als Begriffsmerkmal aufnimmt, es aber an einer allgemeinen, anerkannten Bestimmung des Begriffs des öffentlichen Rechts fehlt. Die Definition des öffentlichen Rechts gehört zu den noch ungelösten Problemen der Rechtswissenschaft (Wolff, in ArchöR Bd. 76 S. 207). Eine Eörterung der bisher aufgestellten Theorien würde den Rahmen dieser Studie sprengen. Auf die Zusammenstellung bei Klinger, aaO § 40 Anm. B I 1 Fn. 9 und 10 wird daher verwiesen.

463) Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 8.

464) und entsprechend die Gemeindeordnungen der übrigen Bundesländer.

465) Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 215.

VII. KAPITEL

WIDERRUF DER GENEHMIGUNG

§ 25
Begriffsbestimmung

Der Prüfung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die von der Aufsichtsbehörde erteilte Genehmigung widerrufen werden kann, soll der Begriff des Widerrufs zugrundegelegt werden, wie er in der Lehre vom Verwaltungsakt entwickelt wurde. In der Lehre vom Verwaltungsakt herrscht über die Begriffsbestimmung jedoch Streit. Die wohl herrschende Auffassung [466] unterscheidet zwischen der Aufhebung rechtmäßiger und rechtswidriger Verwaltungsakte. Dabei wird die Aufhebung rechtmäßiger Verwaltungsakte als Widerruf, die rechtswidriger Verwaltungsakte als Rücknahme bezeichnet. Im folgenden wird jedoch mit H. J. Wolff die Aufhebung von rechtmäßigen wie rechtswidrigen Genehmigungen einheitlich als Widerruf bezeichnet, da die Gesetzessprache den abweichenden Benennungen noch nicht gefolgt ist; sie sind auch nicht zweckmäßig, weil sie sprachlich nicht befriedigen und die wesentlichen Kriterien verdecken [467].

§ 26
Zulässigkeit des Widerrufs

Will oder kann die Aufsichtsbehörde nicht mehr zu der von ihr erteilten Genehmigung stehen, wird sie bestrebt sein, sie zu widerrufen. Darüber, ob und bejahendenfalls wann die Aufsichtsbehörde widerrufen kann, bietet die Gemeindeordnung keine Regel an. In Rechtslehre [468] und Rechtsprechung [469] wird der

---

466) Forsthoff, Lehrbuch, S. 238, 239; Haueisen, in NJW 1954 S. 1425 und NJW 1955 S. 1457; Sommer, in DÖV 1954 S. 655; OVG Berlin in DVBl 1957 S. 504.

467) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 314; ebenso v. Turegg, Lehrbuch, S. 127 Fn. 1; Schütz in DÖV 1958 S. 449.

468) Vgl. das Gutachten in RVerwBl Bd. 50 S. 641; Forsthoff, Lehrbuch, S. 247; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 280; derselbe, Der fehlerhafte Staatsakt, S. 157. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 180; Friedrichs, Gemeindeaufsicht, S. 182; Fröhler, Staatsaufsicht, S. 89; Sommer, in DÖV 1954 S. 655 Kroeber, Das Problem des privatrechtsgestaltenden Staatsakts, S. 51; Streit, Diss., S. 60.

469) OVG Münster in NJW 1959 S. 1700; pr. OVG Bd. 84 S. 445; Bd. 41 S. 1; Bd. 39 S. 365; wohl auch BVerwG in Verw. Rspr. Bd. 5 S. 278.

Widerruf - allerdings unter der Voraussetzung, daß es sich bei der Genehmigung um einen Verwaltungsakt handelt - allgemein für zulässig gehalten und nach der Lehre des Widerrufs von Verwaltungsakten behandelt.
Eine einschränkende Meinung wird lediglich von Salzwedel vertreten [470]. Bei Genehmigungsvorbehalten mit dem Charakter bloßer staatlicher Unbedenklichkeitszeugnisse sei ein Widerruf der Genehmigung schon ihrem Wesen nach ausgeschlossen. Derartige Genehmigungsvorbehalte räumten der Aufsichtsbehörde nur ein gezieltes Kontrollrecht gegenüber der zu genehmigenden Selbstverwaltungsmaßnahme ein. Sei das staatliche Unbedenklichkeitszeugnis einmal erteilt, habe sich das Kontrollrecht erschöpft. Dagegen seien die Genehmigungen mit Sanktionscharakter grundsätzlich frei widerruflich [471], weil sie eine an sich staatliche Angelegenheit beträfen und der Widerruf der Genehmigung hier nichts anderes bedeute als die Verfügung des Staates in eigener Sache.

Der herrschenden Auffassung ist, auch wenn nach der hier vertretenen Meinung der Ausgangspunkt unrichtig ist, zuzustimmen. Ebenso wie die einen Verwaltungsakt erlassende Verwaltungsbehörde den Akt z.B. wegen nachträglicher Veränderung der tatsächlichen Gesichtspunkte oder wegen Rechtswidrigkeit widerrufen kann, muß die Aufsichtsbehörde grundsätzlich die Möglichkeit haben, eine von ihr ausgesprochene Genehmigung auszuräumen. Denn wie der Verwaltungsakt so untersteht auch die Genehmigung als Staatshoheitsakt sui generis dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit, das die Aufsichtsbehörde zwingt, die Genehmigung im Rahmen der gesetzlichen Voraussetzungen zu erteilen oder zu versagen. Stellt sich heraus, daß sich die Genehmigung z.B. wegen nachträglicher Veränderung der tatsächlichen Gesichtspunkte nicht mehr aufrecht erhalten läßt, muß der Aufsichtsbehörde das Recht eingeräumt werden, zur Wiederherstellung der Rechtmäßigkeit ihres Handelns die nicht dem Gesetz entsprechende Genehmigung zu kassieren.
Mit der Bejahung der grundsätzlichen Zulässigkeit des Widerrufs ist jedoch noch nicht entscheiden, welche Gründe zum Widerruf berechtigen und inwieweit das Widerrufsrecht möglicherweise einzuschränken ist. Diese Fragen sollen im folgenden Gegenstand einer näheren Untersuchung sein.

---

470) Salzwedel, in Arch.f.KommW. Bd. 1 S. 212 f.

471) Zu der von Salzwedel getroffenen Unterscheidung von Genehmigungsvorbehalten mit dem Charakter bloßer Unbedenklichkeitszeugnisse und solchen mit Sanktionscharakter vgl. oben S. 21.

§ 27
Widerruf der rechtmäßigen Genehmigung

1. In der Lehre vom Verwaltungsakt rechtfertigt eine Änderung der dem erlassenen Verwaltungsakt zugrundeliegenden tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse dessen Widerruf [472] unter der Voraussetzung, daß es sich um eine bedeutsame [473], maßgebliche [474] oder wesentliche [475] Änderung handelt. Fraglich ist, ob das auch für die Genehmigung als Staatshoheitsakt sui generis gilt.

Eine ursprünglich rechtmäßige Genehmigung verwandelt sich in eine rechtswidrige Genehmigung, wenn die Sachlage, die bei ihrer Erteilung vorausgesetzt worden ist und erkennbar auch die Voraussetzung für ihren Fortbestand gebildet hat, sich geändert hat. Eine derartige Sachlage wird z.B. vorliegen, wenn die Aufsichtsbehörde einen Grundstücksveräußerungsvertrag einer Gemeinde genehmigt, nach dessen Inhalt sie das Grundstück einer privaten Wohnungsbaugesellschaft zum Zwecke der Errichtung von Wohngebäuden veräußert. Stellt sich nach Erteilung der Genehmigung heraus, daß die Erwerberin das Grundstück statt zur Errichtung von Wohngebäuden zu Spekulationszwecken benutzt, hat sich die der Genehmigung vorausgesetzte Sachlage, die erkennbar auch die Voraussetzung für ihren Fortbestand gebildet hat, nachträglich geändert, so daß ein Wegfall der Genehmigungsgrundlage vorliegt. Denn es entspricht nicht einer ordnungsmäßigen Wirtschaftsführung der Gemeinde - und nur in diesem Rahmen durfte die Genehmigung erteilt werden -, wenn sie zu Spekulationszwecken ein Grundstück veräußert.

Allein dieser Umstand rechtfertigt noch nicht den Widerruf. Mit der Erteilung der Genehmigung wird das bis dahin schwebend unwirksame Rechtsgeschäft voll wirksam und damit "ins Privatrecht entlassen" [476]. Das genehmigte Rechtsgeschäft nimmt jetzt am Vertrauensschutz des privaten Rechtsverkehrs teil, und damit muß es aus Gründen der Rechtssicherheit sein Bewenden haben [477]. Durch den nach der Übereignung erfolgenden Widerruf der Genehmigung des Grundstücksveräußerungsvertrages wäre der Erwerber etwa verpflichtet, das Grundstück wieder auf die Gemeinde zurückzuübertragen. Diese Eingriffsmöglichkeiten, die der Widerruf hier bieten würde, sind mit dem Gedanken des Vertrauensschutzes unverein-

---

472) OVG Berlin in DVBl 1954 S. 129.
473) Schulze, in DÖV 1957 S. 392.
474) Dickmann, in DÖV 1957 S. 283.
475) VGH Freiburg in DÖV 1955 S. 87.
476) Bullinger, in DÖV 1957 S. 762.
477) Bürckner, Der privatrechtsgestaltende Staatsakt, S. 74.

bar [478]. Um die einschneidenden Folgen der Änderung eines gestaltenden Staatsaktes zu vermeiden, ist z.B. auch in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit die nachträgliche Änderung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung - der Sache nach ein gestaltender Justizhoheitsakt - ausgeschlossen (§§ 55, 62 FGG), da in die privatrechtliche Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts nicht mehr eingegriffen werden soll. Das Bedürfnis nach Klarheit und Sicherheit in der Abwicklung rechtlicher Verhältnisse läßt deshalb die nachträgliche Berücksichtigung von veränderten rechtlichen oder tatsächlichen Umständen nicht zu. Eine Ausnahme gilt lediglich dann, wenn seitens des erwerbenden Dritten oder gar der Gemeinde eine Täuschung auf Aufsichtsbehörde vorliegt. Der Vertrauensschutz muß hier ausscheiden, und der gute Glaube Dritter kann schon nach bürgerlichem Recht ausreichend geschützt sein [479]. Der Widerruf der Genehmigung wird jedoch nicht schon mit ihrer Erteilung ausgeschlossen. Der den Widerruf verbietende Vertrauensschutz setzt vielmehr erst dann ein, wenn die Genehmigung allen Beteiligten zugegangen ist [480]. Hat die Gemeinde von der erteilten Genehmigung noch keinen Gebrauch gemacht und sie insbesondere dem Vertragspartner noch nicht bekannt gegeben, so gilt ihr gegenüber der Vertrauensschutz nicht, da sie sich den dem Widerruf zugrundeliegenden öffentlich-rechtlichen Interessen der Aufsichtsbehörde insoweit unterordnen muß [481].

Die Richtigkeit dieser Ansicht folgt aus dem Gedanken der Teilnahme des genehmigten Rechtsgeschäfts am Privatrechtsverkehr und den daraus resultierenden Forderungen der Rechtssicherheit.
Häufig wird in der Praxis die Gemeinde versuchen, die Genehmigung noch vor Abschluß des Vertrages einzuholen. Der Aufsichtsbehörde wird dann ein Entwurf vorgelegt, der für den Fall eines gleichlautenden Vertragsabschlusses genehmigt

---

478) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 321; Forsthoff, Lehrbuch, S. 247; Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 180 f; Surén-Loschelder, Kommentar zur Deutschen Gemeindeordnung, § 3 Anm. 5; Salzwedel, in Arch. f. KommW. Bd. 1 S. 212; Scholz, Rechtssicherheit, S. 21; Schoen, Der Widerruf der Verfügungen nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts, aaO S. 127; Haueisen, in NJW 1955 S. 1549; Ule, in DV 1948 S. 143; OVG Münster, in Verw. Rspr. Bd. 9 S. 289. LVG Braunschweig, in DVBl 1949 S. 297.

479) Surén-Loschelder, aaO Bd. 2 S. 392. Bullinger, in DÖV 1957 S. 764; OVG Münster, in Verw. Rspr. Bd. 2 S. 452.

480) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 321; Forsthoff, Lehrbuch, S. 248; Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 181; Surén-Loschelder, aaO Bd. 2 S. 392; Scholz, Die Rechtssicherheit, S. 21.

481) Forsthoff, Lehrbuch, S. 248; Surén-Loschelder, aaO; Haueisen, in NJW 1957 S. 386; OVG Münster, in Verw. Rspr. Bd. 9 S. 239.

wird. Derartige Genehmigungen sind bis zum Abschluß des Vertrages widerruflich [482]. Denn bis zum Vertragsschluß vermochte die Genehmigung noch keine Gestaltungswirkung auszuüben, so daß diese nachträgliche Veränderung von Umständen noch berücksichtigt werden kann.

2. Ein selbständiger Widerrufsgrund ist die Nichterfüllung einer der Genehmigung zulässigerweise beigefügten Bedingung. Voraussetzung ist allerdings, daß die Beifügung einer Bedingung und die Bedingung selbst zulässig sind. Dagegen, daß die Genehmigung auch unter einer Bedingung erteilt werden kann, sind in Rechtslehre [483] und Rechtsprechung [484] keine Bedenken erhoben worden. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich aus der rechtlichen Natur der Genehmigung. Die Aufsichtsbehörde, die die beantragte Genehmigung völlig versagen kann, darf den Erlaß der Genehmigung mit zweckdienlichen Bedingungen verknüpfen. Doch ist zu beachten, daß in der Erteilung der Genehmigung unter einer Bedingung einmal die Ablehnung der Genehmigung und zugleich die im voraus gegebene Genehmigung liegt, falls die Gemeinde entsprechend der Bedingung handelt [485].
Führt die Gemeinde die Bedingung nicht aus, so berechtigt dies die Aufsichtsbehörde zum Widerruf, und zwar auch dann, wenn die Genehmigung allen Beteiligten zugegangen ist. Hier können die Gedanken der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes nicht Platz greifen, da etwaige Aufwendungen nicht im Vertrauen auf den Fortbestand der Genehmigung gemacht worden sind, Gemeinde und Dritte diese vielmehr in Kenntnis der nichterfüllten Bedingung leisteten und damit das Bewußtsein hatten, die Nichterfüllung der Bedingung könne bekannt und der Widerruf ausgesprochen werden.

3. Auch der Widerrufsvorbehalt ist ein selbständiger Widerrufsgrund, allerdings unter der Voraussetzung, daß die Beifügung des Vorbehalts zulässig ist. Zu der Frage, ob die Genehmigung unter Widerrufsvorbehalt erteilt werden kann, finden sich - soweit ersichtlich - in Rechtslehre und Rechtsprechung keine Hinweise. Die Unzulässigkeit ergibt sich nicht unmittelbar aus der Gemeindeordnung. Jedoch ist nach Wolff [486] und Forsthoff [487] der Hinweis in einem Gesetz auf den Widerrufsvorbehalt für dessen Zulässigkeit nicht erforderlich. Es genüge, daß das Gesetz dem Vorbehalt nicht widerspreche. Er sei insbesondere dann mit einem

---

482) ebenso Bullinger, in DÖV 1957 S. 763.
483) Pape, in RVerwBl Bd. 51 S. 94 ff; Friedrichs, Gemeindeaufsicht, S. 182.
484) pr. OVG Bd. 42 S. 68; Bd. 55 S. 102; Bd. 85 S. 223.
485) pr. OVG aaO.
486) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 286.
487) Forsthoff, Lehrbuch, S. 199.

begünstigenden Akt verbindbar, wenn dieser auch hätte versagt werden können (z.B. freie Erlaubnis) [488]. Dieser Grundsatz ist aber nur insofern zutreffend, als er bei Fehlen eines gesetzlichen Hinweises die Zulässigkeit des Vorbehalts nicht generell verneint. Häufig läßt sich dagegen aus dem Sinn der gesetzlichen Regelung ableiten, ob ein Vorbehalt auch ohne Vorliegen eines ausdrücklichen Verbots unzulässig ist.

Die erteilte Genehmigung hat stets zur Folge, daß das genehmigte Rechtsgeschäft voll wirksam wird. In den meisten Fällen wird im Anschluß an die Erteilung etwas ins Werk gesetzt, was - von einigen Ausnahmen abgesehen - die Unwiderruflichkeit der Genehmigung nach sich zieht. Wenn also mit dem Ausspruch der Genehmigung ein Schwebezustand beendet wird, muß der Widerrufsvorbehalt unzulässig sein, da er im Grunde den Schwebezustand fortdauern läßt. Dadurch würde jedoch die Rechtssicherheit gefährdet. Denn für den Dritten und die Gemeinde, die ein genehmigungsbedürftiges Grundstücksgeschäft abgeschlossen haben, bedeutet es etwas wesentlich anderes, ob eine beantragte Genehmigung von Anfang an verwehrt oder eine einmal erlassene Genehmigung widerrufen wird. Durch die Genehmigung soll die Gemeinde in den Stand versetzt werden, das nunmehr wirksame Rechtsgeschäft durchzuführen. Das ist aber nicht möglich, wenn von vornherein zu erkennen ist, daß die endgültige Rechtsstellung möglicherweise nicht erreicht wird. Hierdurch wäre eine Durchführung des Rechtsgeschäfts praktisch ausgeschlossen, so daß die unter Vorbehalt erteilte Genehmigung praktisch bedeutungslos wäre.

Die Genehmigung kann folglich nicht unter Widerrufsvorbehalt erteilt werden.

§ 28
Widerruf der rechtswidrigen Genehmigung

Zur Frage der Zulässigkeit des Widerrufs einer rechtswidrigen Genehmigung lassen sich in Rechtslehre und Rechtsprechung ebenfalls keine Stellungnahmen feststellen. Zur Lösung des Problems kann auf die Heranziehung der Grundsätze für den Widerruf von rechtswidrigen Verwaltungsakten verzichtet werden. Abgesehen davon, daß diese Frage recht umstritten ist, wird Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts nur dann angenommen, wenn die Verletzung einer strikten, keine Ausnahmen zulassenden und kein freies Ermessen einräumenden Rechtsnorm vorliegt [489]. Diese Voraussetzungen können bei der Genehmigung nicht eintreten, da sie, wie oben dargelegt, als Ermessensakt anzusehen ist. Entfällt somit für

488) Wolff, Verwaltungsrecht I, aaO.

489) Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 320-321 und die Übersicht des bayrVGH in Verw.Rspr. Bd. 4 S. 144.

die Genehmigung das Merkmal, mit dem die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts festgestellt wird, lassen sich nur einzelne Fallgruppen fehlerhafter Genehmigungen aufstellen und behandeln.

1. Die häufigste Ursache der Fehlerhaftigkeit von Genehmigungen ist der aufsichtsbehördliche Irrtum, sei es in der Form des Sach- oder des Rechtsirrtums.

a) Der Hauptanwendungsfall des Sachirrtums ist die nach Erlaß der Genehmigung erfolgte Kenntniserlangung der Aufsichtsbehörde von Umständen, die, wären sie bei Erteilung der Genehmigung bekannt gewesen, ihre Entscheidung in Richtung einer Verneinung oder wichtigen Einschränkung beeinflußt hätten.

Beruht der Irrtum auf schuldlos unrichtigen oder unvollständigen Angaben der Gemeinde, ist ein Widerrufsrecht regelmäßig zu verneinen. Wenn die Gemeinde auch objektiv fehlerhaft gehandelt hat, so ist der gleiche Vorwurf gegen die Aufsichtsbehörde zu erheben, die die Angaben der Gemeinde infolge objektiv unrichtiger Prüfung nicht beanstandet hat. Dieser Vorwurf darf nicht zu Lasten der Gemeinde gehen, die davon ausgehen kann, daß ihre Angaben überprüft werden, zumal diese Grundlage der Ermessensentscheidung der Aufsichtsbehörde sind.

Kann der Gemeinde Fahrlässigkeit vorgeworfen werden, dann steht eigener Fahrlässigkeit die der Aufsichtsbehörde gegenüber, da diese die Überprüfung der Angaben fahrlässig unterlassen hat. Die wegen mangelnder Sorgfalt aller Beteiligten fehlerhaft ergangene Genehmigung kann weder der Aufsichtsbehörde ein Widerrufsrecht geben noch für die Gemeinde einen Bestandsschutz gewährleisten. Es ist vielmehr im Einzelfall darauf abzustellen, ob das Interesse der Gemeinde als dem begünstigten Teil an der Aufrechterhaltung der Genehmigung schutzwürdiger ist als die Notwendigkeit, der Rechtsordnung Geltung zu verschaffen und die fehlerhafte Genehmigung wieder zu beseitigen [490]. Im übrigen ist auch ein übergeordnetes Interesse denkbar, das die Aufhebung der Genehmigung verlangt.
Hat die Gemeinde den Fehler nicht verursacht, ist zu unterscheiden, ob die Unrichtigkeit des Tatbestandes der Aufsichtsbehörde schuldhaft oder schuldlos unbekannt geblieben ist.
Im allgemeinen wird zwar schuldhaftes Verhalten der Aufsichtsbehörde vermutet werden müssen, da sie angesichts des hohen Wertes der genehmigungspflichtigen Grundstücksgeschäfte [491] darauf bedacht sein muß, die Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung festzustellen. Diese Verpflichtung besteht jedoch ebenso für - die vorher prüfende - Gemeinde. Es kann in einem derartigen Fall

490) So für den Verwaltungsakt allgemein BVerwG in DÖV 1957 S. 911.
491) Vgl. die Freistellung in der 4. DVO zu § 64 GONRW.

daher regelmäßig davon ausgegangen werden, daß sowohl die Gemeinde als auch die Aufsichtsbehörde die Vornahme der notwendigen Ermittlungen unterlassen haben. Da die Folgen eigener Fehler nicht auf andere abgewälzt werden dürfen [492], richtet sich die Beurteilung der Zulässigkeit des Widerrufs nach den Grundsätzen, die oben für die mangelnde Sorgfalt aller Beteiligten dargelegt wurden.
Ist dagegen selbst bei Anwendung der zumutbaren Sorgfalt der Irrtum für die Aufsichtsbehörde unvermeidbar gewesen, ergibt die Interessenabwägung eine sachgerechte Lösung. Man wird davon ausgehen müssen, daß die Gemeinde, die durch die erteilte Genehmigung begünstigt worden ist, nicht durch einen von ihr unverschuldeten Irrtum leiden darf.

Im übrigen wird das Problem gegenstandslos, sobald von einem der Beteiligten auf Grund der Genehmigung und des damit wirksamen Veräußerungsvertrages "etwas ins Werk gesetzt" wird [493], da von diesem Zeitpunkt ab der Grundsatz des Vertrauensschutzes ein Widerrufsrecht verbietet.

b) Hat die Aufsichtsbehörde eine Genehmigung rechtsirrtümlich erteilt, insbesondere eine Genehmigung ausgesprochen, die nach § 64 GONRW in Verbindung mit der 4. DVO zu § 64 GONRW zu versagen war, ist die Widerruflichkeit gleichfalls zu verneinen. Wenn die Aufsichtsbehörde die geltenden Bestimmungen nicht oder falsch anwendet, kann der Gemeinde nicht zugemutet werden, die rechtlichen Fehler der Aufsichtsbehörde richtig zu stellen. Auch insoweit gilt der Vertrauensgrundsatz, der das Widerrufsrecht ausschließt [494].

2. Obwohl es im allgemeinen nicht vorkommen dürfte, daß eine Gemeinde durch bewußt unwahres Vorbringen die Genehmigung zu erhalten versucht, sollen die Rechtsfolgen einer derartigen Handlungsweise dennoch kurz aufgezeigt werden.
Ist allen Beteiligten bekannt, daß die Genehmigung erschlichen wurde, so folgt aus dem Gedanken der Verwirkung durch treuwidriges Verhalten [495], dem allgemeinen Rechtsprinzip, daß Arglist nie geschützt wird [496], und dem Grundsatz von Treu und Glauben [497] das Widerrufsrecht. Der Vertrauensschutz der Beteiligten tritt hier zurück, auch wenn die Gestaltung bereits ein-

492) Scholz, in NJW 1954 S. 168.
493) Wolff, Verwaltungsrecht I S. 321; Forsthoff, Lehrbuch, S. 247.
494) BVerfGE Bd. 5 S. 33; OVG Lüneburg in DVBl 1956 S. 24.
495) BVerwG in NJW 1956 S. 1573.
496) Dickmann, in DÖV 1957 S. 283.
497) BGH in Verw. Rspr. Bd. 5 S. 280.

getreten ist. Denn ein schutzwürdiges Interesse der Beteiligten ist bei dieser Sachlage nicht gegeben.

Etwas anders gilt aber, wenn die Genehmigung von der Gemeinde erschlichen wurde, ohne daß dies ihrem Vertragspartner bekannt war. Hier läßt, sobald die Genehmigung dem Dritten zugestellt ist, das Bedürfnis nach Klarheit und Sicherheit in der Abwicklung rechtlicher Verhältnisse den Widerruf nicht zu, da der Dritte Vertrauensschutz genießt.

Die vorstehend entwickelten Grundsätze zur Widerruflichkeit durch Täuschung erlangter Genehmigungen sind ferner anwendbar, wenn die Gemeinde den mit dem Erlaß der Genehmigung befaßten Bediensteten der Aufsichtsbehörde Geschenke oder andere Vorteile angeboten, versprochen oder gewährt hat [498].

VIII. K A P I T E L

§ 29
Fragen der Zuständigkeit

Der Gesetzgeber hat in Nordrhein-Westfalen darauf verzichtet, die Zuständigkeit für die Erteilung der Genehmigung in der Gemeindeordnung zu regeln. In § 106 Abs. 1 GONRW ist lediglich bestimmt, daß der Innenminister die (allgemeine) Aufsicht über die Gemeinden ausübe und er seine Aufsichtsbefugnis generell übertragen könne. Der Innenminister hat von dieser Ermächtigung in der 1. DVO zur GONRW vom 10. November 1952 [499] Gebrauch gemacht. In ihr wird zwischen Aufsichtsbehörden, oberen Aufsichtsbehörden und der obersten Aufsichtsbehörde unterschieden. Die dabei offengelassene Frage, welche Behörde für die Aufsicht über die kreisangehörigen Gemeinden zuständig ist, wurde durch die am 21. Juli 1953 [500] erlassene Landkreisordnung geregelt.
Es besteht demnach folgende Zuständigkeitsverteilung:
Aufsichtsbehörde für die kreisangehörigen Gemeinden ist nach § 48 LKO der Oberkreisdirektor; nur bei besonderen, im Gesetz näher bezeichneten Aufsichtsmaßnahmen bedarf er einer beschränkten Mitwirkung des Kreisausschusses. Der Regie-

498) Die sachliche Unzuständigkeit der Aufsichtsbehörde zum Erlaß der Genehmigung als weiterer Widerrufsgrund bleibt außerhalb der Betrachtung, da eine Erörterung dieser Frage kaum theoretische Bedeutung haben dürfte.
499) GVBl 1952 S. 296.
500) GVBl 1953 S. 305.

rungspräsident führt die Aufsicht über die kreisfreien Gemeinden und ist obere Aufsichtsbehörde für die vom Oberkreisdirektor beaufsichtigten Gemeinden. Oberste Aufsichtsbehörde für alle Gemeinden ist der Innenminister.

Für die Genehmigung nach § 64 GONRW ist danach in kreisangehörigen Gemeinden der Oberkreisdirektor und in kreisfreien Gemeinden der Regierungspräsident zuständig.

IX. K A P I T E L

§ 30
A u s b l i c k

Das Recht des Genehmigungsvorbehalts und der Genehmigung in der Bestimmung des § 64 GONRW ist auch heute noch ausgerichtet an dem Vorbild der älteren Kodifikationen des Gemeindeverfassungsrechts. Die eine Rechts- und Zweckmäßigkeitskontrolle ermöglichenden Genehmigungsvorbehalte sind jedoch im Hinblick auf Art. 78 Abs. 4 LVNRW verfassungswidrig.

Da völlige kommunale Ermessensfreiheit vor allem im Wirtschaftsbereich der Gemeinden im Interesse der Allgemeinheit nicht wünschenswert ist, berechtigt der derzeit bestehende, verfassungsrechtliche Widerspruch dazu, die Reformbedürftigkeit des Art. 78 Abs. 4 LVNRW auszusprechen und eine gesetzgeberische Änderung der Verfassung zu fordern.

Darüber hinaus regt die verfassungsrechtliche Anerkennung der Gemeinden als alleinige und eigenverantwortliche Träger der Selbstverwaltung dazu an, das Recht der Genehmigung, das trotz seiner erheblichen Bedeutung bisher in Rechtslehre und Rechtsprechung nur spärliche Beachtung gefunden hat, von seinem geschichtlichen Bilde zu lösen, die Rechtsnatur der Genehmigung neu zu durchdenken und ihren rechtlichen Standort aus dem jetzt gegebenen Verhältnis von Staat und Gemeinde zu bestimmen.

Daraus, daß seit dem Inkrafttreten der Gemeindeordnung inzwischen 13 Jahre verstrichen sind und insbesondere auch die richterliche Praxis die Handhabung des Rechts des Genehmigungsvorbehalts im herkömmlichen Sinn jedenfalls überwiegend geduldet hat, wird ersichtlich, welche Schwierigkeiten es bereitet, das Recht des Genehmigungsvorbehalts der modernen Entwicklung des Gemeinderechts anzupassen. Diese Schwierigkeiten müssen aber im Interesse der Verfassungswahrheit gelöst werden.

L E B E N S L A U F

Am 8. September 1934 wurde ich als Sohn des Zahntechnikers Willi Walter und seiner Ehefrau Anni Walter, geborene Gees, in Paderborn geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger und römisch-katholischer Konfession. 5 Jahre lang besuchte ich die Volksschulen in Paderborn und in Sande/Paderborn, sodann 9 Jahre lang die neunklassige städtische Oberschule für Jungen in Paderborn, die später in ein neusprachliches Gymnasium mit mathematisch-naturwissenschaftlichem Zweig umgewandelt wurde. Nach bestandener Reifeprüfung (5. März 1955) studierte ich 7 Semester lang Rechtswissenschaft an der Universität in Münster. Am 18. Oktober 1958 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung und trat am 8. Dezember 1958 in den juristischen Vorbereitungsdienst ein.

Am 13. Februar 1959 heiratete ich die medizinisch-technische Assistentin Karin Bosdorf aus Melle i.H., Tochter des im 2. Weltkriege gefallenen Teegroßkaufmanns Horst Bosdorf und dessen Ehefrau Anna Bosdorf. Nach der Eheschließung gründete ich meinen Hausstand in Münster.

Am 28. Januar 1963 bestand ich vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf die zweite juristische Staatsprüfung und war anschließend für die Dauer von 5 Monaten als Assessor bei der Staatsanwaltschaft in Dortmund tätig. Am 1. August 1963 trat ich als Finanzassessor in den Dienst der Finanzverwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen und wurde am 18. Januar 1965 unter gleichzeitiger Versetzung an das Finanzamt in Bünde/Westf. zum Regierungsassessor ernannt.